

Gießen, den 29.10.2008

**Hausarbeit im Schwerpunktbereich Nr. 5:
Planung, Umwelt, Wirtschaft, Verwaltung**

Thema:

**Gerichtliche Kontrolle von Abwägungsfehlern
nach der Neuregelung des § 214 BauGB durch das EAG Bau**

Literaturverzeichnis

- Appel, Ivo / Singer, Jörg
Verfahrensvorschriften als subjektive
Rechte
JuS 2007, 913-917
- Battis, Ulrich / Krautzberger, Michael /
Löhr, Rolf-Peter
Die Änderungen des Baugesetzbuchs
durch das Europarechtsanpassungsgesetz
Bau (EAG Bau 2004)
NJW 2004, 2553-2559
- Dies.
Baugesetzbuch – Kommentar
10. Auflage, München 2007
Zit.: Bearbeiter, in:
Battis/Krautzberger/Löhr, § Rn.
- Bell, Albrecht / Rehak, Heinrich
Erheblichkeit von Abwägungsmängeln
UPR 2004, 296-302
- Berkemann, Jörg / Halama, Günter
Erstkommentierungen zum BauGB 2004
Bonn 2005
Zit.: Bearbeiter, in: Berkemann/Halama, §
Rn.
- Brohm, Winfried
Öffentliches Baurecht
3. Auflage, München 2002
- Brügelmann, Hermann (Hrsg.)
Kommentar zum Baugesetzbuch:
Bände I, V
(Loseblattsammlung)
Stuttgart 2008
Zit.: Bearbeiter, in: Brügelmann, § Rn.

Bundesministerium für Verkehr-, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.)	Bericht der Unabhängigen Expertenkommission zur Novellierung des Baugesetzbuchs Berlin 2002 Zit: Kommissionsbericht, Rn.
Busse, Jürgen	Die Plan-UP-Richtlinie aus kommunaler Sicht BayGT 2004, 115-121
Classen, Claus Dieter	Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht - Konflikt oder Bereicherung? NJW 1995, 2457-2464
Dolde, Klaus-Peter	Umweltprüfung in der Bauleitplanung – Novellierung des Baugesetzbuchs – Bericht der Unabhängigen Expertenkommission NVwZ 2003, 297-304
Dreier, Horst	Grundgesetz Kommentar Band I: Art. 1-19 Tübingen 1996 Zit.: Bearbeiter, in: Dreier, Art. Rn.
Dürr, Hansjochen	Die Klausur im Baurecht JuS 2007, 521-524
Erbguth, Wilfried	Rechtsschutzfragen und Fragen der §§ 214 und 215 BauGB im neuen Städtebaurecht DVBl 2004, 802-810
Ders.	Abwägung auf Abwegen? – Allgemeines und Aktuelles – JZ 2006, 484-492

Ders.	Städtebaurecht und Raumordnungsrecht im Wandel: Ökologisierung durch Europäisierung, Rechtsschutz, Föderalismusreform NVwZ 2007, 985-991
Ders.	Städtebaurecht 2004 – zur Novellierung des BauGB BauR 2003, 1301-1307
Ders.	Die Rechtmäßigkeit von Bauleitplänen: Neuregelungen durch das EAG Bau JURA 2006, 9-15
Erbguth, Wilfried / Wagner, Jörg	Grundzüge des öffentlichen Baurechts 4. Auflage, München 2005
Ernst, Werner / Zinkahn, Willy / Bielenberg, Walter / Krautzberger, Michael	Kommentar zum Baugesetzbuch: Bände I, IV (Loseblattsammlung) München 2008 Zit.: Bearbeiter, in: E/Z/B/K, § Rn.
Ferner, Hilmar / Kröninger, Holger / Aschke, Manfred	Baugesetzbuch mit Baunutzungsverordnung - Handkommentar 2. Auflage, Baden-Baden 2008 Zit.: Bearbeiter, in: Hk-BauGB, § Rn.
Finkelnburg, Klaus	Die Änderungen des Baugesetzbuchs durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau NVwZ 2004, 897-903

- Frank, Oliver / Lahme, Andreas
Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung
des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien
(Europarechtsanpassungsgesetz Bau –
EAG Bau): Bewertung und Vorschläge
des Bundesverbandes Windenergie
(BWE)
ZNER 2003, 319-322
- Gaentzsch, Günter
Änderungen im System der Fehlerfolgen
im Rahmen der Bauleitplanung
in: BauGB – Novelle 2004
(Hrsg. Spannowsky, Willy / Krämer, Tim)
Köln / Berlin / München 2004, 131-143
Zit.: Gaentzsch, in: Spannowsky/
Krämer, S.
- Gelzer, Konrad / Bracher,
Christian-Dietrich / Reidt, Olaf
Bauplanungsrecht
7. Auflage, Köln 2004
Zit.: Bearbeiter, in: Gelzer/Bracher/Reidt,
Rn.
- Happ, Michael
Neues zur Abwägung (§ 1 VII BauGB)?
NVwZ 2007, 304-307
- Hoppe, Werner
Die Abwägung im EAG Bau nach
Maßgabe des § 1 VII BauGB 2004
– Unter Berücksichtigung von § 2 III, IV
BauGB 2004
NVwZ 2004, 903-910
- Ders.
Entwicklung von Grundstrukturen des
Planungsrechts durch das BVerwG
DVBl 2003, 697-706

- Hoppe, Werner / Bönker, Christian /
Grotefels, Susan
Öffentliches Baurecht
3. Auflage, München 2004
Zit.: Bearbeiter, in:
Hoppe/Bönker/Grotefels, § Rn.
- Dies.
Öffentliches Baurecht
2. Auflage, München 2002
Zit.: Bearbeiter, in:
Hoppe/Bönker/Grotefels, 2. Aufl., § Rn.
- Jäde, Henning / Dirnberger, Franz /
Weiß, Josef
Baugesetzbuch - Baunutzungsverordnung
- Kommentar
5. Auflage, Jena 2007
Zit.: Bearbeiter, in: J/D/W, Gesetz, § Rn.
- Kahl, Wolfgang
Zwei Gemeinden und ein Industriegebiet
JA 2005, 280-287
- Kment, Martin
Zur Europarechtskonformität der neuen
baurechtlichen Planerhaltungsregeln
AöR 130 (2005), 570-617
- Ders.
Planerhaltung auf dem Prüfstand:
Die Neuregelungen der §§ 214, 215
BauGB 2007
DVBl 2007, 1275-1282
- Ders.
Planerhaltung und Europarecht
in: Neues Städtebau- und
Raumordnungsrecht - rechtliche
Bewertung, Bedeutung für die Praxis -
(Hrsg. Erbguth, Wilfried)
Baden-Baden 2007, 101-122
Zit.: Bearbeiter, in: Erbguth, S.

Knierp, Klaus	Zur Novellierung des Baugesetzbuchs – Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) GewArch 2005, 12-14
Kobor, Hagen	Ausbildungsrelevante Änderungen durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau JuS 2006, 1071-1073
Koch, Hans-Joachim / Hendler, Reinhard	Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht 4. Auflage, Stuttgart 2004
Kraft, Ingo	Gerichtliche Abwägungskontrolle von Bauleitplänen nach dem EAG Bau UPR 2004, 331-335
Krautzberger, Michael	Zur Novellierung des Baugesetzbuchs 2004 UPR 2004, 41-50
Ders.	Zur Europäisierung des Städtebaurechts DVBl 2005, 197-202
Krautzberger, Michael / Schliepkorte, Jörg	Vorarbeiten für ein Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau – EAG Bau) UPR 2003, 92-97
Krautzberger, Michael / Söfker, Wilhelm	Baugesetzbuch – Leitfaden mit Synopse 8. Auflage, Heidelberg / München / Landsberg / Berlin 2007

- Krautzberger, Michael / Stürer, Bernhard Städtebaurecht 2004: Was hat sich geändert?
DVBl 2004, 781-791
- Krebs, Walter Baurecht
in: Besonderes Verwaltungsrecht
(Hrsg. Schmidt-Aßmann, Eberhard)
13. Auflage, Berlin 2005
Zit.: Krebs, in: Schmidt-Aßmann, Rn.
- Kupfer, Dominik Das Fehlerfolgenregime im
Bauplanungsrecht (§§ 214ff. BauGB)
DV 38 (2005), 493-516
- Kuschnerus, Ulrich Der sachgerechte Bebauungsplan
3. Auflage, Bonn 2005
- Ders. Abwägung und Rechtsschutz – Zur
praktischen Anwendung des
Abwägungsgebots nach § 1 Abs. 7 BauGB
in: Neues Städtebau- und
Raumordnungsrecht - rechtliche
Bewertung, Bedeutung für die Praxis -
(Hrsg. Erbguth, Wilfried)
Baden-Baden 2007, 71-90
Zit.: Bearbeiter, in: Erbguth, S.
- Oldiges, Martin Baurecht
in: Besonderes Verwaltungsrecht
(Hrsg. Steiner, Udo)
8. Auflage, Heidelberg / München /
Landsberg / Berlin 2006
Zit.: Oldiges, in: Steiner, Rn.

- Pieper, Hans-Gerd
Teilweiser Abschied von der materiellen
Abwägungsfehlerlehre im EAG Bau –
Folgen für die Rechtmäßigkeitsprüfung
des Bebauungsplans
JURA 2006, 817-820
- Pietzcker, Jost
Verfahrensrechte und Folgen von
Verfahrensfehlern
in: Festschrift für Hartmut Maurer
zum 70. Geburtstag
(Hrsg. Geis, Max-Emanuel / Lorenz,
Dieter)
München 2001, 695-712
Zit.: Pietzcker, in: FS Maurer, S.
- Pöcker, Markus
Irritationen einer Grundlage des
Rechtssystems: Die Problematik des
Verhältnisses von materiellem Recht und
Verfahrensrecht bei
Planungsentscheidungen
DöV 2003, 980-987
- Quaas, Michael / Kukk, Alexander
Neustrukturierung der
Planerhaltungsbestimmungen in
§§ 214ff. BauGB
BauR 2004, 1541-1552
- Schliepkorte, Jörg
Regierungsentwurf für das Gesetz zur
Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-
Richtlinien
(Europarechtsanpassungsgesetz – EAG
Bau)
ZfBR 2004, 124-127

- Schmidt-Eichstaedt, Gerd
Das EAG Bau – ein Jahr danach
ZfBR 2005, 751-762
- Schrödter, Hans
Baugesetzbuch – Kommentar
7. Auflage, München 2006
Zit.: Bearbeiter, in: Schrödter, § Rn.
- Schulze-Fielitz, Helmuth
Verwaltungsgerichtliche Kontrolle der
Planung im Wandel – Eröffnung,
Maßstäbe, Kontrolldichte –
in: Festschrift für Werner Hoppe
zum 70. Geburtstag
(Hrsg. Erbguth, Wilfried / Oebbecke,
Janbernd / Rengeling, Hans-Werner /
Schulte, Martin)
München 2000, 997-1010
Zit.: Schulze-Fielitz, in: FS Hoppe, S.
- Seidel, Achim / Reimer, Ekkehart /
Möstl, Markus
Besonderes Verwaltungsrecht
2. Auflage, München 2005
- Sendler, Horst
Der Jubilar, der Grundsatz der
Planerhaltung und das Richterrecht
DVBl 2005, 659-667
- Ders.
Plan- und Normerhaltung vor Gericht
in: Festschrift für Werner Hoppe
zum 70. Geburtstag
(Hrsg. Erbguth, Wilfried / Oebbecke,
Janbernd / Rengeling, Hans-Werner /
Schulte, Martin)
München 2000, 1011-1030
Zit.: Sendler, in: FS Hoppe, S.

Steinkemper, Ursula	Die Änderungen des BauGB durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) im Überblick NZBau 2004, 495-496
Stelkens, Ulrich	Planerhaltung bei Abwägungsmängeln nach dem EAG Bau UPR 2005, 81-88
Stollmann, Frank	Öffentliches Baurecht 4. Auflage, München 2007
Stüer, Bernhard	Städtebaurecht: Abwägungsgebot - Rechtsprechungsbericht 2003/04 im Lichte des EAG Bau - DVBl 2005, 806-815
Ders.	Bauleitplanung - Rechtsprechungsbericht 2005-2007 - DVBl 2008, 270-283
Ders.	Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts 3. Auflage, München 2005 Zit.: Stüer, HbBFR, Rn.
Uechtritz, Michael	Die Änderungen im Bereich der Fehlerfolgen und Planerhaltung nach §§ 214ff. BauGB ZfBR 2005, 11-20
Upmeier, Hans-Dieter	Einführung zu den Neuerungen durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) BauR 2004, 1382-1392

von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich /
Starck, Christian

Grundgesetz – Kommentar
Band I: Präambel, Art. 1-19
5. Auflage, München 2005
Zit.: Bearbeiter, in:
v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. Rn.

Wagner, Klaus / Engel, Thomas

Neuerungen im Städtebaurecht durch das
Europarechtsanpassungsgesetz Bau
(EAG Bau)
BayVBl 2005, 33-46

Wahl, Rainer

Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren
und Verwaltungsprozessrecht in
europäischer Sicht
DVBl 2003, 1285-1293

Wickel, Martin / Bieback, Karin

Das Abwägungsgebot
– Materiell-rechtliches Prinzip oder
Verfahrensgrundsatz?
DV 39 (2006), 571-585

Ziekow, Jan

Von der Reanimation des
Verfahrensrechts
NVwZ 2005, 263-267

Gliederung

	Seite
I. Einführung	1
II. Überblick über die gerichtliche Kontrolle von Abwägungsfehlern nach § 214 BauGB a. F.	2
1.) Fehler im Rahmen der Abwägung nach § 214 BauGB a. F.	3
2.) Voraussetzungen der Beachtlichkeit von Abwägungsfehlern gem. § 214 BauGB a. F.	4
III. Gerichtliche Kontrolle von Abwägungsfehlern nach § 214 BauGB n. F.	4
1.) Reichweite des gerichtlichen Kontrollauftrags	5
a.) Unterschiede zwischen deutschem und europäischem Verfahrensrecht	5
b.) Beurteilung der Einführung einer Richtigkeitsvermutung	6
2.) Fehler im Rahmen der Abwägung nach § 214 BauGB n. F.	8
a.) Enge Auslegung: Fortgeltung der Abwägungsfehlerlehre	9
b.) Weite Auslegung: Teil der Abwägungsfehler als Verfahrensfehler	9
c.) Tendenziell weite Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts	11
d.) Beurteilung mittels der Auslegung des Gesetzes	12
aa.) Unverändertes Fortbestehen des Abwägungsgebots in § 1 VII BauGB	12
bb.) Wille des Gesetzgebers keine inhaltliche Änderung vorzunehmen	13
cc.) Terminus Bewerten ist rein ökologisch ausgerichtet	13
dd.) Verstoß gegen Sachgesetzlichkeiten	14
ee.) Verfassungsrechtliche Bedenken	16
ff.) § 214 III 2, 2. HS BauGB	18
gg.) Anpassung an europäisches Verfahrensrecht	19
hh.) Abgrenzungsschwierigkeiten	20
ii.) Wortlaut von §§ 2 III, 4a I, 214 I 1 Nr. 1 BauGB	20
jj.) Schaffung neuer Regelungen	21
kk.) Stellungnahme	21
3.) Voraussetzungen der Beachtlichkeit von Abwägungsfehlern gem. § 214 BauGB n. F.	22
IV. Zusammenfassung	23
V. Fazit	24

I. Einführung

Am 20.07.2004 ist das EAG Bau¹ in Kraft getreten. Es dient der fristgemäßen Umsetzung europäischer Richtlinien in das nationale Recht² und hat das BauGB umfassend novelliert.³ In diesem Zusammenhang wurden die Normen über die Planerhaltung in §§ 214ff. BauGB modifiziert, um das deutsche Recht an das europäische Verfahrensrecht anzugleichen.⁴ Die Änderung des § 214 BauGB ist für die gerichtliche Kontrolle der Fehler von Bauleitplänen von Bedeutung, welche durch die prinzipale Normenkontrolle gem. § 47 VwGO oder die Inzidentkontrolle in anderen Gerichtsverfahren erfolgen kann⁵. Aus § 214 BauGB ergibt sich, wann Fehler eines Bauleitplanes unbeachtlich sind und der Rechtssatz trotz des Fehlers wirksam bleibt.⁶ Die Norm macht eine Ausnahme von der Regel, dass Fehler in Rechtssätzen zur Nichtigkeit des Rechtssatzes führen.⁷ Die Abwägung ist das zentrale Element einer rechtsstaatlichen Planung.⁸ In § 214 I 1 Nr. 1, III 2 BauGB n. F.⁹ wird die Relevanz von Abwägungsfehlern¹⁰ für die Wirksamkeit des Bauleitplanes neu geregelt. Diese Novellierung wirft zahlreiche Fragen hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle von Abwägungsfehlern auf. Es ist unklar, ob die Neuregelung Auswirkungen auf die Reichweite des gerichtlichen Kontrollauftrags hat, da die Unabhängige Expertenkommission zur Novellierung des BauGB¹¹ vorschlug, bei Einhaltung der Verfahrensregeln nach europäischem Vorbild die Richtigkeit der Verfahrensentscheidung zu vermuten¹². Es stellen sich zudem die Fragen, ob die Abwägungsfehler infolge der Neuregelung des § 214 I 1 Nr. 1 BauGB – zumindest teilweise – ihren materiellen Charakter verloren haben und zu Verfahrensfehlern geworden sind, ob die bisherige Unterscheidung in Abwägungsvorgang und -ergebnis gerade mit Blick auf die irreführende Regelung in § 214 III 2, 2. HS BauGB aufgegeben worden ist und ob sich durch die Novellierung die Merkmale für die Unbeacht-

¹ Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau) vom 24.06.2004 (BGBl. I S. 1359).

² Dies waren die europäischen Richtlinien 2001/42/EG (Plan-UP-Richtlinie) vom 27.06.2001 und 2003/35/EG (Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie) vom 26.05.2003.

³ Vgl. hierzu BT-Drcks. 15/2250, S. 10ff.; Kniep, GewArch 2005, 12, 12.

⁴ BT-Drcks. 15/2250, S. 31.

⁵ Erbguth/Wagner, § 15 Rn. 77; Oldiges, in: Steiner, Rn. 113.

⁶ Zum Regelungsmechanismus siehe Dürr, in: Brügelmann, § 214 Rn. 14ff.; Quaas/Kukk, in: Schrödter, § 214 Rn. 8ff.

⁷ Sog. Nichtigkeitsdogma; Erbguth/Wagner, § 15 Rn. 80; Kment, DVBl 2007, 1275, 1275; Koch/Hendler, § 21 Rn. 34; Sandler, DVBl 2005, 659, 659; Stollmann, § 8 Rn. 1.

⁸ Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Rn. 547; Stürer, DVBl 2005, 806, 806.

⁹ §§ des BauGB ohne nähere Angabe der Fassung sind solche der neuen Fassung.

¹⁰ Dieser Begriff wird in dieser Arbeit als Oberbegriff für sämtliche Fehler gebraucht, die bei der Abwägung und beim Zusammenstellen des Abwägungsmaterials erfolgen können.

¹¹ Im Folgenden wird diese Kommission als Expertenkommission bezeichnet.

¹² Kommissionsbericht, Rn. 136, 138; Gaentzsch, in: Spannowsky/Krämer, S. 133, 135.

lichkeit von Abwägungsfehlern gem. § 214 I 1 Nr. 1, III 2, 2. HS BauGB geändert haben. Erklärtes Ziel der Expertenkommission war es, „das Recht der Planerhaltung zu vereinfachen und überschaubarer zu gestalten“.¹³ Diese Arbeit untersucht, ob dies gelungen ist.

II. Überblick über die gerichtliche Kontrolle von Abwägungsfehlern nach § 214 BauGB a. F.

Um die Auswirkungen der Neuregelung des § 214 BauGB auf die gerichtliche Kontrolle von Abwägungsfehlern zu ermitteln, muss man sich zunächst die alte Rechtslage vor Augen führen. § 1 VI BauGB a. F. regelte die Anforderungen an das Abwägungsgebot. Hiernach waren bei der Aufstellung der Bauleitpläne die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die gerichtliche Kontrolle der Abwägung war gem. § 214 III 1 BauGB a. F. die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bauleitplan. Die Vorschrift war in funktionaler Hinsicht eine materielle Präklusionsvorschrift, d. h. nachträgliche Änderungen der Verhältnisse spielten grundsätzlich für die richterliche Überprüfung keine Rolle.¹⁴ Der Gemeinde wurde bei der Bauleitplanung planerische Gestaltungsfreiheit eingeräumt.¹⁵ Die Abwägung war Ausdruck dieser Gestaltungsfreiheit.¹⁶ Ihre Kontrolle war auf das Vorliegen von Abwägungsfehlern beschränkt.¹⁷ Stellte das Gericht einen Abwägungsfehler seitens der Gemeinde fest, so führte dieser nur dann zur Unwirksamkeit des Bauleitplanes, wenn er entweder nicht von §§ 214f. BauGB a. F. erfasst wurde, denn diese Abwägungsfehler folgen der Grundregel, wonach Fehler in Rechtssätzen zur Unwirksamkeit des Rechtssatzes führen, oder gem. § 214 BauGB a. F. beachtlich war.¹⁸ § 214 BauGB a. F. enthielt nur in § 214 III 2 BauGB a. F. eine Regelung zur Beachtlichkeit von Abwägungsfehlern. Gem. § 214 III 2 BauGB a. F. waren Mängel im Abwägungsvorgang nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. Eine mit § 2 III BauGB n. F. vergleichbare Regelung gab es nicht.

¹³ Kommissionsbericht, Rn. 124; Dolde, NVwZ 2003, 297, 300.

¹⁴ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 214 Rn. 19; zur Ausnahme siehe BVerwG, NVwZ 1997, 893, 895.

¹⁵ BVerwGE 45, 309, 310, 315; Kuschnerus, Rn. 169, 175; Pöcker, DöV 2003, 980, 981; Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Rn. 551; Rieger, in: Schrödter, § 1 Rn. 187; Stürer, HbBFR, Rn. 1376.

¹⁶ Rieger, in: Schrödter, § 1 Rn. 187.

¹⁷ Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, § 5 Rn. 94; Rieger, in: Schrödter, § 1 Rn. 187.

¹⁸ Stelkens, UPR 2005, 81, 81.

1.) Fehler im Rahmen der Abwägung nach § 214 BauGB a. F.

Bereits vor der Novellierung des § 214 BauGB a. F. gab es Unklarheiten, wie die gerichtliche Kontrolle von Abwägungsfehlern zu erfolgen hat.¹⁹ Dies betraf vor allem die Fragen, welche Abwägungsfehler im Einzelnen existieren und welche dieser Fehler von § 214 III 2 BauGB a. F. erfasst werden. Laut Bundesverwaltungsgericht²⁰ musste das Gericht prüfen, „ob eine sachgerechte Abwägung überhaupt stattgefunden hat, ob alle Belange in die Abwägung eingestellt wurden, die nach Lange der Dinge eingestellt werden mussten und ob weder die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt wurde noch der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten Belangen in einer Weise vorgenommen wurde, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht.“²¹ Hiermit korrespondierten die Abwägungsfehler Abwägungsausfall, -defizit, -fehleinschätzung und -disproportionalität.²² Das Abwägungsgebot wurde jedoch nicht verletzt, wenn sich die Gemeinde bei der Kollision verschiedener Belange für die Bevorzugung des einen und die Zurückstellung des anderen Belanges entschied.²³ Das BVerwG sah die Fehler als materielle Fehler an und unterteilte die Abwägung in einen Abwägungsvorgang und ein Abwägungsergebnis.²⁴ Alle Arten von Abwägungsfehlern konnten auf Seiten des Abwägungsvorgangs und des -ergebnisses auftreten.²⁵ Eine Ausnahme bildete nur der Abwägungsausfall, der nur ein Fehler des Abwägungsvorgangs war.²⁶ § 214 III 2 BauGB a. F. erfasste nur Fehler im Abwägungsvorgang. Die Gestaltungsfreiheit der Gemeinde kam am deutlichsten bei der Planungsentscheidung zum Ausdruck. Diese war nur dann nicht mehr kontrollresistent, wenn der Ausgleich in einer Weise erfolgte, „durch die die objektive Gewichtigkeit eines Belangs völlig verfehlt wird“²⁷ oder wenn ein Belang „in geradezu unvertretbarer Weise zu kurz kommt“²⁸. § 214 III 2 BauGB a. F. erfasste keine Fehler im Abwägungsergebnis. Diese waren daher stets beachtlich und führten immer zur Unwirksamkeit des Bauleitplanes.²⁹ In der Literatur wurde zum Teil angenommen, Abwägungsausfall, -defizit und -fehleinschätzung könne nur auf Seiten

¹⁹ Siehe hierzu beispielsweise Erbguth/Wagner, § 5 Rn. 139ff.; Happ, NVwZ 2007, 304, 305.

²⁰ Das Bundesverwaltungsgericht wird im Folgenden mit BVerwG abgekürzt.

²¹ Sog. Abwägungsfehlerlehre; BVerwGE 34, 301, 309; BVerwGE 48, 56, 64.

²² Hoppe, DVBl 2003, 697, 702; Koch/Hendler, § 17 Rn. 2.

²³ BVerwGE 34, 301, 309; BVerwGE 48, 56, 64.

²⁴ BVerwGE 45, 309, 312f.; BVerwGE 34, 301, 308f.; BVerwE 48, 56, 64.

²⁵ BVerwG, NVwZ 1987, 578, 582.

²⁶ BVerwGE 45, 309, 315.

²⁷ BVerwGE 56, 283, 290; BVerwGE 45, 309, 315.

²⁸ BVerwGE 45, 309, 326.

²⁹ Bell/Rehak, UPR 2004, 296, 297.

des Abwägungsvorgangs, die Abwägungsdisproportionalität nur auf Seiten des Abwägungsergebnisses auftreten.³⁰ Ebenso gab es die Auffassung, allein der Abwägungsvorgang müsse auf Abwägungsfehler kontrolliert werden, eine Kontrolle des Abwägungsergebnisses sei überflüssig.³¹

2.) Voraussetzungen der Beachtlichkeit von Abwägungsfehlern gem.

§ 214 BauGB a. F.

Diejenigen Abwägungsfehler, die in den Anwendungsbereich des § 214 BauGB a. F. fielen, mussten weitere Voraussetzungen erfüllen, um beachtlich zu sein. Mängel im Abwägungsvorgang waren gem. § 214 III 2 BauGB a. F. nur erheblich, wenn sie *offensichtlich* und auf das *Abwägungsergebnis von Einfluss* gewesen sind. Der Mangel war *offensichtlich*, „wenn er zur äußeren Seite des Abwägungsvorgangs derart gehört, dass er auf objektiv fassbaren Sachumständen beruht“³². Das war etwa der Fall, wenn sich der Mangel aus Planunterlagen oder sonst erkennbaren oder nahe liegenden Umständen ergab, nicht aber, wenn er die innere Seite des Abwägungsvorgangs betraf, bspw. Motive.³³ Ein offensichtlicher Mangel lag auch nicht vor, wenn Planbegründung und Aufstellungsvorgänge keinen ausdrücklichen Hinweis darauf enthielten, dass sich der Plangeber mit bestimmten Umständen abwägend befasst hatte.³⁴ Der Mangel war auf das *Abwägungsergebnis von Einfluss* gewesen, wenn nach den Umständen des jeweiligen Falles die konkrete Möglichkeit bestand, dass ohne den Mangel im Vorgang die Planung anders ausgefallen wäre.³⁵ Lagen diese weiteren Anforderungen des § 214 III 2 BauGB a. F. vor, führte der Fehler im Abwägungsvorgang zur Unwirksamkeit des Bauleitplanes.

III. Gerichtliche Kontrolle von Abwägungsfehlern nach § 214 BauGB n. F.

§ 214 BauGB ist durch das EAG Bau novelliert worden. Die Unbeachtlichkeit von Abwägungsfehlern normiert nun § 214 I 1 Nr. 1, III 2 BauGB. Die Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften ist nach § 214 I 1 Nr. 1 BauGB für die Rechtswirksamkeit des Flächennutzungsplanes und der Satzungen nach dem BauGB nur beachtlich, wenn entgegen § 2 III BauGB die von der Planung berührten Belange, die der Gemeinde bekannt waren oder hätten bekannt sein

³⁰ Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotfels, 2. Aufl., § 7 Rn. 136.

³¹ Koch/Hendler, § 17 Rn. 69f.

³² BVerwGE 64, 33, 38.

³³ BVerwGE 64, 33, 36f.

³⁴ BVerwG, NVwZ 1992, 662, 663.

³⁵ BVerwGE 64, 33, 39f.

müssen, in wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet worden sind und der Mangel offensichtlich und auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen ist. Gem. § 2 III BauGB sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne die Belange, die für die Abwägung von Bedeutung sind (Abwägungsmaterial), zu ermitteln und zu bewerten. Aus der Zusammenschau von §§ 2 III, 214 I 1 Nr. 1 BauGB ergibt sich, dass § 214 I 1 Nr. 1 BauGB nur für Bauleitpläne gilt.³⁶ § 214 III 2 BauGB trifft eine weitere Regelung zu Abwägungsfehlern. Gem. § 214 III 2, 1. HS BauGB können Mängel, die Gegenstand der Regelung in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB sind, nicht als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden. Gem. § 214 III 2, 2. HS BauGB sind Mängel im Abwägungsvorgang im Übrigen nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. Das Abwägungsgebot ist nun in § 1 VII BauGB geregelt, der mit § 1 VI BauGB a. F. deckungsgleich ist.³⁷ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Abwägung ist gem. § 214 III 1 BauGB die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Flächennutzungsplan oder die Satzung. Dies entspricht weitgehend § 214 III 1 BauGB a. F.³⁸ Insoweit gilt das bereits zur alten Rechtslage Gesagte.

1.) Reichweite des gerichtlichen Kontrollauftrags

Die Expertenkommission machte den Vorschlag, eine Anpassung des nationalen Rechts an das europäische Verfahrensrecht insofern vorzunehmen, als dass bei Richtigkeit des Verfahrens die materielle Richtigkeit vermutet wird.³⁹ Es stellt sich die Frage, ob durch die Neuregelung des § 214 BauGB der gerichtliche Kontrollauftrag mittels einer „Vermutungsregelung“ eingeschränkt wird.⁴⁰

a.) Unterschiede zwischen deutschem und europäischem Verfahrensrecht

Im europäischen Verfahrensrecht besteht eine andere Schwerpunktsetzung als im deutschen Verfahrensrecht. Im deutschen Verfahrensrecht steht die Kontrolle der materiellen Richtigkeit der Verfahrensentscheidung im Vordergrund, die Frage nach der Richtigkeit des Verfahrens hat nur untergeordnete Bedeutung

³⁶ Stock, in: E/Z/B/K, § 214 Rn. 39c.

³⁷ Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 1 Rn. 98.

³⁸ Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 214 Rn. 136.

³⁹ Kommissionsbericht, Rn. 136, 138; Krautzberger/Schliepkorte, UPR 2003, 92, 93, 95.

⁴⁰ Busse, BayGT 2004, 115, 120; Kraft, UPR 2004, 331, 333; Kuschnerus, Rn. 177; bejahend: Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 214 Rn. 20 und z. T. Stelkens, UPR 2005, 81, 82, 85.

(sog. dienende Funktion des Verfahrensrechts⁴¹).⁴² Im europäischen Verfahrensrecht ist die Richtigkeit des Verfahrens wesentlich.⁴³ Diese stellt nach europäischer Vorstellung die Legitimation der Entscheidung gegenüber dem Bürger her.⁴⁴ Die Privilegierung des Verfahrens gegenüber der materiellen Entscheidung auf europäischer Ebene begründet sich darin, dass die europäischen Richter nur eine begrenzte Kontrollkompetenz hinsichtlich der Verwaltungsentscheidung haben.⁴⁵ Es wird nicht, wie im deutschen Recht, davon ausgegangen, dass unbestimmte Rechtsbegriffe voll gerichtlich überprüfbar sind, sondern angenommen, dass mehrere Entscheidungen vertretbar sind und die Verwaltung in diesem Rahmen ihre Entscheidung treffen kann.⁴⁶ Aus diesem Grunde wird weitgehend nur das Verfahren kontrolliert.⁴⁷

b.) Beurteilung der Einführung einer Richtigkeitsvermutung

Ob die Richtigkeitsvermutung in das Recht der Bauleitplanung eingeführt wurde, lässt sich nur durch Auslegung des § 214 BauGB n. F. beantworten. Dafür spricht zunächst der Kommissionsbericht.⁴⁸ Dessen Anregungen wurden größtenteils im Gesetzesentwurf übernommen.⁴⁹ Auch in den Gesetzmaterialien finden sich Anhaltspunkte, die für die Einführung einer Richtigkeitsvermutung sprechen.⁵⁰ Danach soll „bei der europarechtlich gebotenen Stärkung des Verfahrensrechts national aufgezeigt werden, dass die Einhaltung eines ordnungsgemäßen Verfahrens die materielle Richtigkeit eines Bauleitplans indizieren kann“.⁵¹ An anderer Stelle heißt es „es erfolgt eine Anpassung [...] an das europäische Rechtsverständnis, das der Einhaltung von Verfahrensvorschriften einen *hohen Stellenwert* einräumt, deren Zweck auf die Gewährleistung materieller Rechtmäßigkeit der Entscheidung gerichtet ist“.⁵² Die Überschrift des Abschnitts der Gesetzmaterialien „Gewähr materieller Rechtmäßigkeit des Bau-

⁴¹ Classen, NJW 1995, 2457, 2461; Kment, DVBl 2007, 1275, 1275; Kment, in: Erbguth, S. 103; Kraft, UPR 2004, 331, 333; Pöcker, DöV 2003, 980, 980; Ziekow, NVwZ 2005, 263, 264.

⁴² Kment, AöR 130 (2005), 570, 572f.; Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2005, 751, 762; Wahl, DVBl 2003, 1285, 1287; Wickel/Bieback, DV 39 (2006), 571, 573.

⁴³ Appel/Singer, JuS 2007, 913, 915f.; Classen, NJW 1995, 2457, 2461; Erbguth, DVBl 2004, 802, 802; Pietzcker, in: FS Maurer, 695, 698; Wahl, DVBl 2003, 1285, 1290.

⁴⁴ Kment, DVBl 2007, 1275, 1275; Kment, in: Erbguth, S. 104.

⁴⁵ Appel/Singer, JuS 2007, 913, 916; Classen, NJW 1995, 2457, 2460; Kment, AöR 130 (2005), 570, 573; Kment, in: Erbguth, S. 104; Pietzcker, in: FS Maurer, 695, 698, 702.

⁴⁶ Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2005, 751, 762.

⁴⁷ Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2005, 751, 762.

⁴⁸ Kommissionsbericht, Rn. 135ff; Dolde, NVwZ 2003, 297, 301.

⁴⁹ Kraft, UPR 2004, 331, 333; Kirchmeier, in: Hk-BauGB, § 214 Rn. 8.

⁵⁰ Kraft, UPR 2004, 331, 333; Krautzberger, UPR 2004, 41, 49; Krautzberger, DVBl 2005, 197, 200; Schliepkorte, ZfBR 2004, 124, 126.

⁵¹ BT-Drcks. 15/2250, S. 28.

⁵² BT-Drcks. 15/2250, S. 62.

leitplans durch ein ordnungsgemäßes Verfahren“ deutet in dieselbe Richtung.⁵³ Anderes ergibt sich aus der Aussage, dass „die Gewährleistung einer materiell richtigen Entscheidung durch sorgfältige Ermittlung und Bewertung der von der Planung berührten Belange im Verfahren der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung *stärker berücksichtigt* werden soll“⁵⁴. Aus einer *stärkeren Berücksichtigung* kann noch nicht auf das Bestehen einer Richtigkeitsvermutung geschlossen werden. Allerdings folgt auf diese Aussage die Anmerkung „es ist in der Rechtsprechung bereits anerkannt, dass die Einhaltung bestimmter Normen indizielle Bedeutung für die mit der Verfahrensanforderung zu gewährleistende materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung haben kann“⁵⁵. Hier wird zwar auf eine Indizwirkung eingegangen, jedoch ohne explizit den Bezug zur Bauleitplanung herzustellen, bei der nur eine *stärkere Berücksichtigung* erfolgen soll. Aus dieser Aussage kann nicht mit Gewissheit auf eine Richtigkeitsvermutung geschlossen werden. In der Gesetzgebung finden sich zudem Formulierungen, die gegen die Einführung einer solchen sprechen,⁵⁶ so heißt es, „inhaltlich entspricht die Vorschrift der bisherigen sich aus dem Abwägungsgebot ergebenden Rechtslage“⁵⁷, und an anderer Stelle „Mängel im Planungsprozess und damit Verfahrensfehler im Sinne der neuen Nummer 1

[§ 214 I 1 Nr. 1 BauGB] liegen vor, wenn die von der Planung berührten Belange überhaupt nicht ermittelt und bewertet worden sind, die nach Lage der Dinge hätten ermittelt und bewertet werden müssen, oder wenn die Bedeutung der ermittelten Belange verkannt worden ist“⁵⁸. Die letzte Aussage lehnt sich an die Abwägungsfehlerlehre des BVerwG an und macht damit deutlich, dass der Gesetzgeber von einer der alten Rechtslage entsprechenden gerichtlichen Kontrolle ausgeht.⁵⁹ Es fehlt zudem an der Normierung einer Vermutungsregelung im BauGB n. F. Legt man das Gesetz grammatikalisch und systematisch aus, findet man keinen Beleg für die Einführung der Vermutungsregelung. Gerade die eingangs dargestellten Formulierungen aus den Gesetzesmaterialien betreffend einer Richtigkeitsvermutung passen nicht zu dem in Kraft getretenen Gesetz und wurden wohl unbedacht aus dem Kommissionsbericht übernommen.⁶⁰ Auch der Sinn und Zweck des § 214 BauGB spricht gegen die Einführung einer

⁵³ BT-Drcks. 15/2250, S. 31.

⁵⁴ BT-Drcks. 15/2250, S. 32.

⁵⁵ BT-Drcks. 15/2250, S. 32.

⁵⁶ Kraft, UPR 2004, 331, 334.

⁵⁷ BT-Drcks. 15/2250, S. 42.

⁵⁸ BT-Drcks. 15/2250, S. 63.

⁵⁹ Kraft, UPR 2004, 331, 334; Uechtritz, ZfBR 2005, 11, 15.

⁶⁰ Uechtritz, ZfBR 2005, 11, 15 Fn 48.

Richtigkeitsvermutung. Es ist zwar europarechtlich unbedenklich, Planerhaltungsregelungen zu normieren,⁶¹ allerdings ist es widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber einerseits die Unbeachtlichkeitsregeln in § 214 I BauGB ausdehnt, andererseits aber das Verfahren in der Weise privilegieren will, dass von ihm sogar eine Vermutung für die materielle Richtigkeit der Entscheidung ausgehen soll. Gegen die Einführung einer Vermutungsregel bestehen auch verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich Art. 14 I GG und Art. 19 IV GG.⁶² Eine solche Regelung ist auch nicht europarechtlich geboten.⁶³ Demnach ist durch die Novellierung keine Richtigkeitsvermutung normiert worden.⁶⁴ Der gerichtliche Kontrollauftrag erstreckt sich weiterhin auf das Vorliegen von Abwägungsfehlern, deren Beachtlichkeit sich nach § 214 BauGB n. F. richtet.

2.) Fehler im Rahmen der Abwägung nach § 214 BauGB n. F.

Das EAG Bau führte neue Begriffe in das BauGB ein. § 214 I 1 Nr. 1 BauGB spricht nunmehr von *Mängeln infolge einer nicht zutreffenden Ermittlung oder Bewertung*. Das Gesetz kennt weiterhin in § 214 III 2, 2. HS BauGB *Mängel im Abwägungsvorgang*. Die Auswirkungen dieser Novellierung auf die gerichtliche Kontrolle von Abwägungsfehlern werden kontrovers beurteilt. Im Blickpunkt steht die Frage, inwieweit die vom BVerwG entwickelte Abwägungsfehlerlehre Bestand hat. Man kann im Wesentlichen zwei Denkansätze unterscheiden, die allerdings im Detail Variationen aufweisen. Diese Denkansätze weichen in der Hinsicht voneinander ab, ob die in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB aufgeführten *Mängeln infolge einer nicht zutreffenden Ermittlung oder Bewertung* bzw. die *Verfahrensvorschriften* eng oder weit ausgelegt werden. Von dieser Auslegung hängt ab, wie *Mängel im Abwägungsvorgang* in § 214 III 2 BauGB verstanden werden müssen. Die beiden Auslegungen haben zum Teil unterschiedliche Konsequenzen für die Fragen, welche Abwägungsfehler nach der Novellierung existieren, welche Abwägungsfehler von § 214 I 1 Nr. 1 BauGB bzw. von § 214 III 2, 2. HS BauGB erfasst werden und ob stets beachtliche Abwägungsfehler existieren, die nicht unter § 214 BauGB fallen.

⁶¹ Siehe Kment, AöR 130 (2005), 570, 573 und Kment, DVBl 2007, 1275, 1275 bzgl. der prinzipiellen europarechtlichen Unbedenklichkeit von Planerhaltungsvorschriften; Bedenken werden aber bzgl. § 214 I 1 Nr. 1 BauGB geäußert (Kment, AöR 130 (2005), 570, 590ff.).

⁶² Genaue Ausführungen bei Kraft, UPR 2004, 331, 334; bzgl. Art 14 I GG siehe auch BVerwGE 45, 309, 324.

⁶³ Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 214 Rn. 24.

⁶⁴ Erbguth, JZ 2006, 484, 491; Hoppe, NVwZ 2004, 903, 905; Kraft, UPR 2004, 331, 334; Stock, in E/Z/B/K, § 214 Rn. 39; Uechtritz, ZfBR 2005, 11, 15; a. A. Upmeier, BauR 2004, 1382, 1383, 1386; bzgl. des Gesetzesentwurfs Schliepkorte, ZfBR 2004, 124, 126.

a.) Enge Auslegung: Fortgeltung der Abwägungsfehlerlehre

Sofern die *Mängel infolge einer nicht zutreffenden Ermittlung oder Bewertung* und die *Verfahrensvorschriften* in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB eng ausgelegt werden, hat die Abwägungsfehlerlehre des BVerwG Bestand.⁶⁵ Das Ermitteln und Bewerten i. S. v. § 2 III BauGB wird als eine unerlässliche Vorarbeit vor der Abwägung im Sinne einer Vorermittlung und Vorgewichtung des Abwägungsmaterials verstanden.⁶⁶ Die Vorarbeit wird als bislang ungeschriebener Bestandteil der eigentlichen Planung angesehen, der nun eine ausdrückliche Normierung erfahren hat.⁶⁷ In diesem Rahmen können Verfahrensfehler in Form eines Ermittlungsausfalls und -defizits, eines Bewertungsausfalls und -defizits und einer Fehlbewertung erfolgen,⁶⁸ welche unter § 214 I 1 Nr. 1 BauGB fallen.⁶⁹ Sie können gem. § 214 III 2, 1. HS BauGB nicht als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden. Nach der Vorarbeit erfolgt die eigentliche materiellrechtliche Abwägung, die sich in einen Abwägungsvorgang und ein Abwägungsergebnis gliedert.⁷⁰ Das Gericht kontrolliert Bauleitpläne auf das Vorliegen der Abwägungsfehler Abwägungsausfall, -defizit, -fehleinschätzung und -disproportionalität.⁷¹ Die Beachtlichkeit der ersten drei Abwägungsfehler richtet sich nach § 214 III 2, 2. HS BauGB.⁷² Eine Abwägungsdisproportionalität⁷³ bzw. ein Fehler im Abwägungsergebnis⁷⁴ ist stets beachtlich.

b.) Weite Auslegung: Teil der Abwägungsfehler als Verfahrensfehler

Legt man die *Mängel infolge einer nicht zutreffenden Ermittlung oder Bewertung* und die *Verfahrensvorschriften* in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB weit aus, so ist

⁶⁵ Dirnberger, in: J/D/W, BauGB, § 1 Rn. 76f.; Erbguth/Wagner, § 15 Rn. 95; Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, § 5 Rn. 139; Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Rn. 562; Stollmann, § 6 Rn. 6, § 7 Rn. 20, § 8 Rn. 25; wohl auch Sendler, DVBl 2005, 659, 665.

⁶⁶ Dirnberger, in: J/D/W, BauGB, § 1 Rn. 76; Erbguth/Wagner, § 5 Rn. 144, § 15 Rn. 95; wohl auch Stollmann, § 8 Rn. 7 und W. Schrödter, in: Schrödter, § 2 Rn. 63 in Anlehnung an die Umweltprüfung; Hoppe nimmt jedoch an, ein Ermitteln und Bewerten i. S. v. § 2 III BauGB sei nicht vorzunehmen, sondern die Norm ersatzlos zu streichen. Er versteht das Ermitteln i. S. d. alten Abwägungsdogmatik (Hoppe, NVwZ 2004, 903, 906f., 910).

⁶⁷ Ferner, in: Hk-BauGB, § 2 Rn. 13; Stollmann, § 6 Rn. 6; W. Schrödter, in: Schrödter, § 2 Rn. 2a; Söfker, in: E/Z/B/K, § 1 Rn. 185, § 2 Rn. 140; so wohl auch Krebs, in: Schmidt-Aßmann, Rn. 109, wonach § 2 III BauGB lediglich deklaratorische Bedeutung haben soll.

⁶⁸ Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Rn. 555; Stollmann, § 8 Rn. 7.

⁶⁹ Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Rn. 555; Stollmann, § 8 Rn. 7.

⁷⁰ Krebs, in: Schmidt-Aßmann, Rn. 106f.; Rieger, in: Schrödter, § 1 Rn. 188;

Seidel/Reimer/Möstl, S. 70; Söfker, in: E/Z/B/K, § 1 Rn. 187; Stollmann, § 7 Rn. 29.

⁷¹ Dirnberger, in: J/D/W, BauGB, § 1 Rn. 77; Erbguth, JURA 2006, 9, 14; Happ, NVwZ 2007, 304, 307; Hoppe, NVwZ 2004, 903, 905, 910; Krebs, in: Schmidt-Aßmann, Rn. 106f.; Quaas/Kukk, in: Schrödter, § 214 Rn. 46; so auch Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Rn. 562, der aber die Abwägungsfehleinschätzung und die -disproportionalität zusammenfasst.

⁷² Ferner, in: Hk-BauGB, § 1 Rn. 56; Seidel/Reimer/Möstl, S. 70.

⁷³ Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Rn. 562.

⁷⁴ Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Rn. 1082f.; Seidel/Reimer/Möstl, S. 70.

die materielle Abwägungsfehlerlehre des BVerwG teilweise entbehrlich.⁷⁵ Die Differenzierung zwischen Abwägungsvorgang und -ergebnis wird – zumindest weitgehend – aufgegeben.⁷⁶ Verstöße gegen § 2 III BauGB sind Verfahrensfehler⁷⁷ und damit Gegenstand der Regelung in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB.⁷⁸ Sie können gem. § 214 III 2, 1. HS BauGB nicht als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden. Die Norm dient der Abgrenzung; unter § 214 I 1 Nr. 1 BauGB fallende Mängel können nicht gleichzeitig Mängel der Abwägung sein.⁷⁹ Sie haben keinen materiellen Charakter.⁸⁰ Fehler der Ermittlung liegen vor, wenn die für die Abwägung in der konkreten Planungssituation erheblichen Belange nicht (Ermittlungsausfall) oder nicht vollständig (Ermittlungsdefizit) zusammengetragen worden sind. Fehler der Bewertung liegen vor, wenn die konkret abwägungserheblichen Belange nicht (Bewertungsausfall) oder nicht zutreffend (Bewertungsfehleinschätzung) bewertet wurden.⁸¹ Diese Verfahrensfehler ersetzen Abwägungsausfall⁸², -defizit und -fehleinschätzung.⁸³ Der Abwägungsfehler der Abwägungsdisproportionalität existiert weiterhin als materieller, stets beachtlicher Abwägungsfehler.⁸⁴ Die doppelte Prüfung aller Fehler in Abwägungsvorgang und -ergebnis entfällt.⁸⁵ Bei sachgerechter Anwendung von § 214 I 1 Nr. 1 BauGB soll für die Anwendung von § 214 III 2, 2. Fall BauGB kein Raum verbleiben.⁸⁶ Zum Teil wird davon ausgegangen, dass die Gewichtung der Belange, also die bisherige Abwägungsfehleinschätzung, nicht von

⁷⁵ Pieper, JURA 2006, 817, 820; Wagner/Engel, BayVBl 2005, 33, 38.

⁷⁶ BT-Drcks. 15/2250, S. 63; Wickel/Bieback, DV 39 (2006), 571, 576; a. A. Kahl, JA 2005, 280, 286.

⁷⁷ Appel/Singer, JuS 2007, 913, 917; Dürr, in: Brügelmann, § 214 Rn. 19; Dürr, JuS 2007, 521, 522; Erbguth, BauR 2003, 1301, 1307; Kahl, JA 2005, 280, 285; Kirchmeier, in: Hk-BauGB, § 214 Rn. 18; Krautzberger, UPR 2004, 41, 49; Krautzberger/Söfker, C Rn. 156; Krautzberger/Stüer, DVBl 2004, 781, 789; Kupfer, DV 38 (2005), 493, 500, 508; Kuschnerus, in: Erbguth, S. 76f.; Pieper, JURA 2006, 817, 820; Steinkemper, NZBau 2004, 495, 495; Wagner/Engel, BayVBl 2005, 33, 38; Wickel/Bieback, DV 39 (2006), 571, 572ff.

⁷⁸ Dürr, JuS 2007, 521, 522; Erbguth, JZ 2006, 484, 489; Finkelnburg, NVwZ 2004, 897, 901; Gierke, in: Brügelmann, § 2 Rn. 204; Kahl, JA 2005, 280, 285; Kment, AöR 130 (2005), 570, 591; Kobor, JuS 2005, 1071, 1071; Kuschnerus, Rn. 195; Pieper, JURA 2006, 817, 818; Upmeier, BauR 2004, 1382, 1386; Steinkemper, NZBau 2004, 495, 495.

⁷⁹ Krautzberger/Söfker, C Rn. 166; Kuschnerus, Rn. 195.

⁸⁰ Erbguth, JZ 2006, 484, 490; Erbguth, NVwZ 2007, 985, 988; Kahl, JA 2005, 280, 285; Pieper, JURA 2006, 817, 818; Wagner/Engel, BayVBl 2005, 33, 38.

⁸¹ BT-Drcks. 15/2250, S. 63; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 214 Rn. 4; Kuschnerus, Rn. 195; Pieper, JURA 2006, 817, 818; Wagner/Engel, BayVBl 2005, 33, 38.

⁸² Zum Teil wird angenommen, dieser Abwägungsfehler existiere auch noch bei weiter Auslegung (siehe hierzu Pieper, JURA 2006, 817, 818).

⁸³ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 214 Rn. 4; Kuschnerus, Rn. 176f.; Pieper, JURA 2006, 817, 818; Dürr legt sich nicht fest unter welche Norm die Fehler fallen, verwendet aber weiterhin die Terminologie der bisherigen Abwägungsfehlerlehre (Dürr, JuS 2007, 521, 524).

⁸⁴ BT-Drcks. 15/2250, S. 65; Erbguth, DVBl 2004, 802, 808; Kupfer, DV 38 (2005), 493, 508f.

⁸⁵ Wickel/Bieback, DV 39 (2006), 571, 574.

⁸⁶ Erbguth, JURA 2006, 9, 15; Pieper, JURA 2006, 817, 818.

§ 214 I 1 Nr. 1 BauGB erfasst wird, sondern nach § 214 III 2, 2. HS BauGB als Fehler des Abwägungsvorgangs zu beurteilen ist.⁸⁷ Auch wird teilweise angenommen, der Abwägungsausfall falle unter § 214 III 2, 2. HS BauGB.⁸⁸ Eine besondere Variante der weiten Auslegung besteht darin, dem Ermitteln und Bewerten einen formellen und einen materiellen Charakter einzuräumen,⁸⁹ diesbezügliche Fehler aber alle unter § 214 I 1 Nr. 1 BauGB zu subsumieren.⁹⁰ Der Begriff der *Verfahrensvorschriften* dürfe nicht so verstanden werden, dass allein die echten Nur-Verfahrensvorschriften erfasst würden, sondern müsse den kompletten bisherigen Abwägungsvorgang erfassen mit seinen formellen und materiellen Elementen.⁹¹

c.) Tendenziell weite Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts

Das BVerwG tendiert zur weiten Auslegung. Es nimmt an, ein Teil der bisherigen Fehler im Abwägungsvorgang seien nun Verfahrensfehler. Dies wird daran deutlich, dass es einen Fehler, der nach alter Rechtsprechung als Abwägungsdefizit zu bewerten wäre, als Mangel bei der Ermittlung und Bewertung einstuft.⁹² Es führt zu § 214 I 1 Nr. 1 BauGB aus, „der Gesetzgeber wolle das Ermitteln und Bewerten der von der Planung berührten Belange nicht mehr als Teil des materiellrechtlichen Abwägungsvorgangs, sondern als verfahrensbezogene Pflicht verstanden wissen und diesen Wechsel der Betrachtungsweise auch für die Planerhaltung nachvollziehen“⁹³. Es verwendet nicht mehr seine 1969/74 entwickelte Herleitung zur Prüfung der Abwägung.⁹⁴ In manchen Urteilen lässt das BVerwG diese Frage aber auch offen, indem es § 214 I 1 Nr. 1 BauGB und § 214 III 2, 2. HS BauGB zusammen zitiert.⁹⁵ Das BVerwG führt dazu aus, „der dargelegte Verstoß [...] ist gem. § 214 I 1 Nr. 1 BauGB beachtlich. Wäre der Fehler als Mangel im Abwägungsvorgang i. S. d. § 214 III 2, 2. HS BauGB zu

⁸⁷ Erbguth, DVBl 2004, 802, 808; Kraft, UPR 2004, 331, 333; Kupfer, DV 38 (2005), 493, 502, 508; Kuschnerus, in: Erbguth, S. 84f.; Kuschnerus, Rn. 201; Oldiges, in: Steiner, Rn. 120a; Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Rn. 547; Stelkens, UPR 2005, 81, 84f.; wohl auch Kobor, JuS 2005, 1071, 1071f.; laut Gierke, in: Brügelmann, § 2 Rn. 90, 172 zählt die Gewichtung zum Abwägungsergebnis, so dass Gewichtungsfehler stets beachtlich sind.

⁸⁸ Dürr, in: Brügelmann, § 214 Rn. 20, 74; Oldiges, in: Steiner, Rn. 120a; Stelkens, UPR 2005, 81, 85; Stock, in: E/Z/B/K, § 214 Rn. 39f.

⁸⁹ Gaentzsch, in: Spannowsky/Krämer, S. 137; Kirchmeier, in: Hk-BauGB, § 214 Rn. 6; Quaas/Kukk, in: Schrödter, § 214 Rn. 16; Uechtritz, ZfBR 2005, 11, 15.

⁹⁰ Oldiges, in: Steiner, Rn. 116a, 120a; Uechtritz, ZfBR 2005, 11, 15; a. A. Quaas/Kukk, in: Schrödter, § 214 Rn. 46: Materieller Charakter fällt unter § 214 III 2, 2. HS BauGB.

⁹¹ Gaentzsch, in: Spannowsky/Krämer, S. 137; Uechtritz, ZfBR 2005, 11, 15.

⁹² Urteil des BVerwG vom 09.04.2008, Az. 4 CN 1/07, 2.2 (juris).

⁹³ Urteil des BVerwG vom 09.04.2008, Az. 4 CN 1/07, 2.1, 2.2 (juris).

⁹⁴ Siehe beispielsweise Urteil des BVerwG vom 09.04.2008, Az. 4 CN 1/07 (juris).

⁹⁵ Urteil des BVerwG vom 24.01.2008, Az. 4 CN 2/07, 2.2 (juris); Urteil des BVerwG vom 22.03.2007, Az. 4 CN 2/06, Rn. 23 (juris).

werten [...] ergäbe sich nichts anderes, denn diese Norm enthält [...] keine über § 214 I 1 Nr. 1 BauGB hinausgehenden Anforderungen.“⁹⁶ Bemerkenswert ist allerdings, dass das BVerwG dem Abwägungsvorgang dennoch eine eigenständige Bedeutung einzuräumen scheint. Es nimmt an, dass es Fehler im Abwägungsvorgang gibt, die nicht von § 214 I 1 Nr. 1 BauGB erfasst werden.⁹⁷ Dies wird an der Aussage deutlich, dass „vor Inkrafttreten des EAG Bau Fehler beim Ermitteln und Bewerten der von der Planung berührten Belange nicht von anderen Mängeln im Abwägungsvorgang unterschieden wurden“.⁹⁸ Aus der Formulierung „anderen Mängeln“ kann geschlossen werden, dass das BVerwG die Existenz dieser Fehler annimmt. Hierfür spricht auch, dass der Begriff „Abwägungsvorgang“ noch verwendet wird.⁹⁹ Aus den bisherigen Urteilen ergibt sich aber nicht, ob das BVerwG die Fehler i. S. v. § 214 I 1 Nr. 1 BauGB als Ermittlungsausfall und -defizit und Bewertungsausfall und -fehleinschätzung oder weiterhin als Abwägungsausfall, -defizit und -fehleinschätzung prüft.

d.) Beurteilung mittels der Auslegung des Gesetzes

Es stellt sich die Frage, ob die enge oder die weite Auslegung vorzuziehen ist. Nach der weiten Auslegung ist die Abwägungsfehlerlehre des BVerwG teilweise obsolet geworden, nach der engen hat sie weiterhin Bestand. Es gibt grammatikalische, systematische, historische und teleologische Argumente, die zur Lösung des Problems hervorgebracht werden, aber auch fast ebenso viele Gegenargumente.

aa.) Unverändertes Fortbestehen des Abwägungsgebots in § 1 VII BauGB

Für die Fortgeltung der Abwägungsfehlerlehre wird die Regelung zum Abwägungsgebot in § 1 VII BauGB vorgebracht. Diese wurde durch das EAG Bau nicht verändert.¹⁰⁰ Der Gesetzgeber stelle sich damit in die Tradition der vom BVerwG entwickelten Grundsätze zum Abwägungsgebot.¹⁰¹ Hiergegen spricht, dass neben § 1 VII BauGB § 2 III BauGB als „Verfahrensgrundnorm“¹⁰² in das BauGB eingefügt wurde.¹⁰³ Diese Norm bezieht sich auf das Zusammenstellen

⁹⁶ Urteil des BVerwG vom 22.03.2007, Az. 4 CN 2/06, Rn. 23 (juris).

⁹⁷ Urteil des BVerwG vom 09.04.2008, Az. 4 CN 1/07, 2.1, 2.2 (juris).

⁹⁸ Urteil des BVerwG vom 09.04.2008, Az. 4 CN 1/07, 2.1, 2.2 (juris).

⁹⁹ Urteil des BVerwG vom 24.01.2008, Az. 4 CN 2/07, 2.1, 2.2 (juris); Urteil des BVerwG vom 18.10.2006, Az. 4 BN 20/06, Rn. 3, 5 (juris).

¹⁰⁰ Vgl. § 1 VI BauGB a. F.; Happ, NVwZ 2007, 304, 304; Uechtritz, ZfBR 2005, 11, 15.

¹⁰¹ Hoppe, NVwZ 2004, 903, 904; Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, § 5 Rn. 1.

¹⁰² BT-Drcks. 15/2250, S. 42.

¹⁰³ Gaentzsch, in: Spannowsky/Krämer, S. 138.

des Abwägungsmaterials. Eine Auslegung, die die Existenz dieser Regelung ignoriert, greift zu kurz.¹⁰⁴ § 1 VII BauGB spricht damit nicht für das Beibehalten der Abwägungsfehlerlehre.

bb.) Wille des Gesetzgebers keine inhaltliche Änderung vorzunehmen

Für den Bestand der Abwägungsfehlerlehre wird der Wille des Gesetzgebers angeführt, § 2 III BauGB entspräche inhaltlich der bisherigen sich aus dem Abwägungsgebot ergebenden Rechtslage.¹⁰⁵ Diese Aussage folgt direkt nach der Ausweisung des § 2 III BauGB als „Verfahrensgrundnorm“.¹⁰⁶ Gegen dieses Vorbringen streiten die Ausführungen des Gesetzgebers an anderer Stelle der Gesetzesbegründung, so spricht sich der Gesetzgeber ausdrücklich dafür aus, die Elemente des materiellen Abwägungsvorgangs in Verfahrensvorschriften zu überführen.¹⁰⁷ Hierzu wird § 2 III BauGB, der in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB zitiert wird, wie erwähnt als „Verfahrensgrundnorm“ bezeichnet. Die Regelungen sollen „an die Stelle der nach bisherigen Recht vor allem aufgrund der Rechtsprechung des BVerwG verlangten Anforderungen mit Blick auf den Abwägungsvorgang [...] treten“.¹⁰⁸ Weiter heißt es, „sie [§ 2 III BauGB] sollen durch die gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensvorgaben hervorgerufenen Wechsel vom materiellrechtlichen Abwägungsvorgang zu den verfahrensbezogenen Elementen des Ermitteln und Bewertens [...] nachvollziehen“.¹⁰⁹ Eine Auslegung, die dem zuwiderläuft, widerspricht der gesetzgeberischen Intention bei der Schaffung der Regelungen. Der Wille des Gesetzgebers, keine inhaltliche Änderung vorzunehmen, muss so verstanden werden, dass diejenige Prüfung, die bisher bezüglich Abwägungsausfall, -defizit und möglicherweise auch -fehleinschätzung vorgenommen wurde, nun verfahrensrechtlich erfolgt. Der Wille des Gesetzgebers, keine inhaltliche Änderung vorzunehmen, kann nicht zugunsten des Bestands der Abwägungsfehlerlehre angeführt werden.

cc.) Terminus Bewerten ist rein ökologisch ausgerichtet

Zugunsten der Fortgeltung der Abwägungsfehlerlehre wird vorgebracht, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff des *Bewertens* eine Terminologie für die

¹⁰⁴ Gierke, in: Brügelmann, § 2 Rn. 91.

¹⁰⁵ BT-Drcks. 15/2250, S. 42; Hoppe, NVwZ 2004, 903, 904f.; Rieger, in: Schrödter, § 1 Rn. 189; W. Schrödter, in: Schrödter, § 2 Rn. 61.

¹⁰⁶ BT-Drcks. 15/2250, S. 42.

¹⁰⁷ BT-Drcks. 15/2250, S. 63, 65.

¹⁰⁸ BT-Drcks. 15/2250, S. 65.

¹⁰⁹ BT-Drcks. 15/2250, S. 63.

Umweltprüfung aus der Plan-UP-Richtlinie für die Abwägung im Rahmen der Bauleitplanung übernommen hat.¹¹⁰ Die Bewertung i. S. d. Plan-UP-RL sei rein ökologisch ausgerichtet und könne nur umweltbezogene Gesichtspunkte berücksichtigen.¹¹¹ Es sei deshalb unklar, wie der Begriff im Zusammenhang mit der Bauleitplanung zu verstehen ist.¹¹² Dagegen lässt sich einwenden, dass der Gesetzgeber zur Frage des Inhalts des Ermitteln und des Bewertens i. S. v. §§ 2 III, 214 I 1 Nr. 1 BauGB Stellung genommen hat.¹¹³ Danach „liegen Mängel im Planungsprozess und damit Verfahrensfehler im Sinne der neuen Nr. 1 [§ 214 I 1 Nr. 1 BauGB] vor, wenn die von der Planung berührten Belange überhaupt nicht ermittelt und bewertet worden sind, die nach Lage der Dinge hätten ermittelt und bewertet werden müssen, oder wenn die Bedeutung der ermittelten Belange verkannt worden ist“¹¹⁴. Ein Bewerten soll demnach erfordern, überhaupt eine Bewertung vorzunehmen und den ermittelten Belangen die richtige Bedeutung beizumessen. Diese Ausführungen sind in ihrer Grundstruktur mit denjenigen des BVerwG von 1969/74 vergleichbar.¹¹⁵ Sie mögen zwar im Detail Abgrenzungsschwierigkeiten hervorrufen, der Inhalt der Aussagen, insbesondere des Bewertens, ist aber im Wesentlichen klar, so dass das vorgebrachte Argument nicht für den Bestand der Abwägungsfehlerlehre spricht.

dd.) Verstoß gegen Sachgesetzlichkeiten

In engem Zusammenhang zur Frage nach dem Inhalt des Bewertens steht das für den Fortbestand der Abwägungsfehlerlehre vorgebrachte Argument, das Ermitteln und Bewerten der Belange habe zwingend auch einen materiellen Charakter,¹¹⁶ so dass es sachlich unzutreffend und systemwidrig sei, sie als formalen Vorgang einzustufen.¹¹⁷ Es ist nicht möglich, durch die Änderung einer Norm eine materielle Anforderung zu einer formellen Voraussetzung zu modifizieren.¹¹⁸ Die planerische Abwägung sei eine vergleichende Bewertung entgegenstehender Belange mit dem Ziel, einen Kompromiss zwischen den

¹¹⁰ Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 2 Rn. 76; Ferner, in: Hk-BauGB, § 2 Rn. 13; Gierke, in: Brügelmann, § 2 Rn. 90; Hoppe, NVwZ 2004, 903, 904; Stock, in: E/Z/B/K, § 214 Rn. 39e.

¹¹¹ Hoppe, NVwZ 2004, 903, 905; Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, § 5 Rn. 2.

¹¹² Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2005, 751, 752; Stelkens, UPR 2005, 81, 83f.

¹¹³ BT-Drcks. 15/2250, S. 63.

¹¹⁴ BT-Drcks. 15/2250, S. 63.

¹¹⁵ Siehe oben unter II.1.

¹¹⁶ Erbguth/Wagner, § 5 Rn. 144; Happ, NVwZ 2007, 304, 306; Hoppe, NVwZ 2004, 903, 910.

¹¹⁷ Happ, NVwZ 2007, 304, 306; Quaas/Kukk, BauR 2004, 1541, 1550; beachte: Diese Sachgesetzlichkeiten ignoriert Uechtritz, wenn er annimmt, dass § 214 I 1 Nr. 1 BauGB die formellen und materiellen Elemente des Abwägungsvorgangs erfasse (Uechtritz, ZfBR 2005, 11, 15).

¹¹⁸ Erbguth, JURA 2006, 9, 14; Erbguth/Wagner, § 5 Rn. 144, § 15 Rn. 95.

Belangen herzustellen.¹¹⁹ Die Ermittlung sei das Prozedere zur Bestimmung der Belange als formelle Komponente und die erste Auswahlentscheidung hinsichtlich der Abwägungsrelevanz von Belangen als materielles Element.¹²⁰ Die Bewertung meine kein formelles Verfahren, sondern den Prozess materieller Beurteilung der Belange mit Blick auf ihre Gewichtung in der späteren Abwägungsentscheidung.¹²¹ Diese Argumentation ist so nicht ganz zutreffend. Zur Herleitung des formellen oder materiellen Charakters des Ermittlens und Bewertens eignet sich der vom Gesetzgeber festgelegte Inhalt des Ermittlens und Bewertens.¹²² Ob überhaupt ermittelt und bewertet wurde, kann ausschließlich formell beurteilt werden.¹²³ Dies kann nur bejaht oder verneint werden. Eine inhaltliche, materielle Komponente fehlt gänzlich. Auch die Frage, ob alle Belange ermittelt worden sind, die nach Lage der Dinge zu ermitteln waren, ist formell zu beurteilen.¹²⁴ Dies ist faktisch nichts anderes als das Erforschen und Feststellen der abwägungsbeachtlichen Belange.¹²⁵ Hinsichtlich der diesbezüglich zu treffenden inhaltlichen Entscheidung, welche Belange einzustellen sind, ist die Gemeinde keineswegs frei. Sie *hat* laut Gesetzbeurteilung alle Belange zu ermitteln, die von der Planung berührt werden, damit also nach Lage der Dinge einzustellen sind.¹²⁶ Deshalb ist auch die Frage, ob die notwendigen Belange ermittelt worden sind, im Ergebnis formell. Problematisch stellt sich aber derjenige Aspekt der Bewertung dar, dass „die Bedeutung der ermittelten Belange nicht verkannt worden sein darf“¹²⁷. Diese Fehleinschätzung betrifft die Gewichtung der ermittelten Belange und wurde bisher als Abwägungsfehleinschätzung materiellrechtlich eingeordnet. Die inhaltliche Entscheidung über das Gewicht der einzelnen Belange hat einen materiellen Charakter. Es ist bedenklich, diese originär materielle Voraussetzung zu einer formellen Anforderung zu modifizieren.¹²⁸ Ein Verstoß gegen Sachgesetzlichkeiten liegt folglich mit Blick auf die Einordnung der Gewichtung als Verfahrensfehler vor.

¹¹⁹ Erbguth, JURA 2006, 9, 14; Gierke, in: Brügelmann, § 1 Rn. 1516; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 Rn. 92; Quaas/Kukk, BauR 2004, 1541, 1550.

¹²⁰ Erbguth, DVBl 2004, 802, 807; so weitgehend auch Happ, NVwZ 2007, 304, 306.

¹²¹ Erbguth, DVBl 2004, 802, 807; so weitgehend auch Happ, NVwZ 2007, 304, 306.

¹²² Siehe oben unter III.2.b. bzw. III.2.d.cc.

¹²³ Dürr, in: Brügelmann, § 214 Rn. 20.

¹²⁴ Dürr, in: Brügelmann, § 214 Rn. 20.

¹²⁵ Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 2 Rn. 73; Gierke, in: Brügelmann, § 2 Rn. 150.

¹²⁶ BT-Drcks. 15/2250, S. 63, aber schon BVerwGE 34, 301, 309.

¹²⁷ BT-Drcks. 15/2250, S. 63.

¹²⁸ Dürr, in: Brügelmann, § 214 Rn. 20; Erbguth, DVBl 2004, 802, 808; Happ, NVwZ 2007, 304, 307; Kraft, UPR 2004, 331, 333; Kuschnerus, Rn. 201.

ee.) Verfassungsrechtliche Bedenken

Zugunsten der Beibehaltung der Abwägungsfehlerlehre wird angenommen, der Gesetzgeber könne über den materiellen Gehalt des Abwägungsvorgangs aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht frei disponieren.¹²⁹ Der materielle Gehalt des Abwägungsvorgangs steht mit Art. 14 I, 19 IV, 20 III, 28 I 1 GG in engem Zusammenhang.¹³⁰ Das Gebot der gerechten Abwägung ist anerkanntermaßen eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.¹³¹ Gegen dieses Argument spricht zunächst, dass der effektive Schutz des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 I GG auch durch Verfahrensvorschriften gewährleistet werden kann.¹³² Der Gesetzgeber wollte zudem, dass § 2 III BauGB „der bisherigen sich aus dem Abwägungsgebot ergebenden Rechtslage entspricht“¹³³. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich durch die Novellierung an der Wahrung des Art. 14 I GG nichts geändert hat. Der Sinn und Zweck von §§ 2 III, 214 I 1 Nr. 1 BauGB ist nicht eine Verkürzung des Schutzes von Art. 14 I GG, sondern die Angleichung an das europäische Verfahrensrecht. Bezüglich des Gebotes des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG bestehen auch keine Bedenken. Die Voraussetzungen von §§ 214 I 1 Nr. 1, III 2, 2. HS BauGB sind, mit Ausnahme der Merkmale *in wesentlichen Punkten* und *Gemeinde bekannt war oder hätte bekannt sein müssen* in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB, dieselben.¹³⁴ Die zusätzlichen Merkmale in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB erschweren den Rechtsschutz nicht.¹³⁵ Sie gelten auch für § 214 III 2, 2. HS BauGB, weil die Merkmale der bisherigen Rechtsprechung zu § 214 III 2 BauGB a. F. entsprechen¹³⁶. Die Rechtsprechung legt die Merkmale zur Wahrung des Art. 19 IV GG restriktiv aus.¹³⁷ Es stellt sich allerdings die Frage, ob es für die gerichtliche Kontrolle einen Unterschied macht, wenn materielle Fehler zu formellen Fehlern modifiziert werden. Das formelle Recht ist dasjenige Recht, das die Form der Verwirklichung der

¹²⁹ Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 214 Rn. 34; Erbguth/Wagner, § 5 Rn. 144; Erbguth, JURA 2006, 9, 14; Oldiges, in: Steiner, Rn. 127.

¹³⁰ Kraft, UPR 2004, 331, 334; Stock, in E/Z/B/K, § 214 Rn. 349; bzgl. des Rechtsstaatsprinzips Frank/Lahme, ZNER 2003, 319, 321 und Wickel/Bieback, DV 39 (2006), 571, 578.

¹³¹ BVerwGE 48, 56, 63; Erbguth, DVBl 2004, 802, 807; Frank/Lahme, ZNER 2003, 319, 321; Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, § 5 Rn. 1; Hoppe, NVwZ 2004, 903, 904.

¹³² Pieper, JURA 2006, 817, 819; so das BVerfG bzgl. Art 2 II GG (BVerfGE 53, 30); Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Rn. 201; Dreier, in: Dreier, Vorb. Rn. 66, Art. 19 Rn. 53f.

¹³³ BT-Drcks. 15/2250, S. 42.

¹³⁴ Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 214 Rn. 33, 46f., 135; im Ergebnis auch Kraft, UPR 2004, 331, 334; bzgl. der *wesentlichen Punkte* Happ, NVwZ 2007, 304, 307.

¹³⁵ Pieper, JURA 2006, 817, 819; Stock, in E/Z/B/K, § 214 Rn. 149; bzgl. der *wesentlichen Punkte* Happ, NVwZ 2007, 304, 307; a. A. wohl Stelkens, UPR 2005, 81, 85.

¹³⁶ BVerwGE 59, 87, 103f.; Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 214 Rn. 33; Erbguth, JURA 2006, 9, 14.

¹³⁷ BVerwGE 64, 33, 36; Brohm, § 13 Rn. 30; Dürr, in: Brügelmann, § 214 Rn. 17.

Rechtsordnung regelt, während das materielle Recht den Inhalt der Rechtsordnung darstellt.¹³⁸ In der Regel ist das Vorliegen von formellen und materiellen Voraussetzungen voll gerichtlich überprüfbar.¹³⁹ Formelle Fehler sind aber im deutschen Recht nicht selten für die Wirksamkeit des Rechtssatzes oder der Maßnahme unbeachtlich, was an § 46 VwVfG oder § 214 I BauGB deutlich wird.¹⁴⁰ Im Recht der Bauleitplanung besteht wie erläutert die Besonderheit, dass die gerichtliche Kontrolle des Abwägungsgebots infolge der gemeindlichen Gestaltungsfreiheit auf das Vorliegen von Abwägungsfehlern beschränkt ist. Hinsichtlich der bisherigen materiellen Abwägungsfehler Abwägungsausfall, -defizit und -fehleinschätzung erfolgte dabei eine Vollkontrolle mit autonomen Elementen, bei denen die Gemeinde einen Spielraum hatte.¹⁴¹ Die Abwägungsdisproportionalität war weitgehend kontrollfrei gestellt und wurde nur daraufhin geprüft, ob die Ausgleichsentscheidung vertretbar ist.¹⁴² Der Gesetzgeber betont, dass sich durch die Zuweisung der ehemals materiellen Voraussetzungen zum Verfahren inhaltlich nichts geändert hat.¹⁴³ Infolgedessen ist davon auszugehen, dass sich an der gerichtlichen Kontrollintensität nichts geändert hat.¹⁴⁴ Es macht insoweit keinen Unterschied, ob der besagte Teil der Abwägungsfehlerlehre des BVerwG einen formellen oder materiellen Charakter hat. Es ist außerdem unbedenklich, dass § 1 VII BauGB als subjektives Recht auf gerechte Abwägung¹⁴⁵ inhaltlich verkürzt wurde, weil zur Normenkontrolle eines Bauleitplanes nur in der Antragsbefugnis gem. § 47 II 1, 1. Alt VwGO ein subjektives Recht nötig ist, in der Begründetheit erfolgt eine objektive Rechtskontrolle¹⁴⁶. Schließlich fehlt auch die Dispositionsbefugnis des Gesetzgebers nicht,¹⁴⁷ sofern das Bewerten so verstanden wird, dass es die Gewichtung nicht erfasst.¹⁴⁸ Der Gesetzgeber modifiziert dann nur Elemente des Abwägungsvorgangs, die formellen Charakter haben.¹⁴⁹ Verfassungsrechtliche Probleme hinsichtlich des teilweisen Wegfalls der Abwägungsfehlerlehre bestehen nicht.

¹³⁸ Pöcker, DöV 2003, 980, 980.

¹³⁹ Classen, NJW 1995, 2457, 2459; Pietzcker, in: FS Maurer, 695, 707; Schulze-Fielitz, in: FS Hoppe, 997, 1002f.; die Bauleitplanung bildet hiervon wie erläutert eine Ausnahme.

¹⁴⁰ Pöcker, DöV 2003, 980, 981; Schulze-Fielitz, in: FS Hoppe, 997, 1002f.

¹⁴¹ Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, 2. Aufl., § 7 Rn. 103, 111f., 118, 120.

¹⁴² Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, 2. Aufl., § 7 Rn. 125.

¹⁴³ BT-Drcks. 15/2250, S. 42.

¹⁴⁴ Siehe hierzu Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, § 5 Rn. 103, 111, 118, 120, 125.

¹⁴⁵ Zur Herleitung siehe Rieger, in: Schrödter, § 1 Rn. 190; Söfker, in: E/Z/B/K, § 1 Rn. 184.

¹⁴⁶ Erbguth/Wagner, § 15 Rn. 14.

¹⁴⁷ Pieper, JURA 2006, 817, 819; Wickel und Bieback gehen davon aus, dass nur hinsichtlich des Ausgleichs die Dispositionsbefugnis fehlt (Wickel/Bieback, DV 39 (2006), 571, 584).

¹⁴⁸ Dürr, in: Brügelmann, § 214 Rn. 20, 72.

¹⁴⁹ Dürr, in: Brügelmann, § 214 Rn. 20.

ff.) § 214 III 2, 2. HS BauGB

Es gibt auch Argumente gegen die unveränderte Fortgeltung der Abwägungsfehlerlehre. In § 214 III 2, 2. HS BauGB findet sich weiterhin der *Abwägungsvorgang*. Es wird vorgebracht, § 214 III 2, 2. HS BauGB habe jedoch keine eigenständige Bedeutung, sondern sei entsprechend der Gesetzesbegründung nur eine „Angstklausel“¹⁵⁰ oder „Sicherheitsreserve“¹⁵¹.¹⁵² § 214 III 2 BauGB a. F. sollte zunächst ersatzlos gestrichen werden.¹⁵³ Der Bundesrat hatte aber Bedenken, die Rechtspraxis würde den Wechsel vom materiellen Abwägungsvorgang zum Verfahren nicht mittragen und die Begriffe in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB eng auslegen.¹⁵⁴ In diesem Fall würde § 214 I 1 Nr. 1 BauGB nicht alle Fehler erfassen, die ursprünglich dem Abwägungsvorgang zugeordnet wurden.¹⁵⁵ Diese übrigen Fehler wären ohne die Existenz des § 214 III 2, 2. HS BauGB stets beachtlich. Das wollte der Gesetzgeber mit § 214 III 2, 2. HS BauGB verhindern.¹⁵⁶ Würde § 214 I 1 Nr. 1 BauGB sachgerecht angewendet, soll für die Anwendung des § 214 III 2, 2. HS BauGB kein Raum verbleiben.¹⁵⁷ Hiergegen lässt sich einwenden, dass der Gesetzgeber zwar den Wechsel vom materiellen Abwägungsvorgang zum Verfahren gewollt haben mag, diesen jedoch selbst konterkariert hat, indem er § 214 III 2 BauGB um HS. 2 ergänzt und damit den materiellen *Abwägungsvorgang* begrifflich wieder in den Gesetzestext aufgenommen hat.¹⁵⁸ Auch in § 215 I Nr. 3 BauGB findet sich der Begriff *Abwägungsvorgang*. Hieraus wird ersichtlich, dass auch der Gesetzgeber davon ausging, dass der Abwägungsvorgang eine eigenständige Bedeutung hat.¹⁵⁹ Die Regelung in § 214 III 2, 2. HS BauGB ist zudem weitgehend wortidentisch mit § 214 III 2 BauGB a. F., worunter die Fehler im Abwägungsvorgang subsumiert wurden.¹⁶⁰ Dem kann auch nicht entgegnet werden, eine Norm am Ende des BauGB könne nicht eine Zuordnung in Frage stellen, die § 2 III BauGB am Anfang des BauGB treffe.¹⁶¹ Es ist nicht ersichtlich, warum dies nicht möglich

¹⁵⁰ Erbguth, DVBl 2004, 802, 806 Fn 52; Erbguth, JZ 2006, 484, 490.

¹⁵¹ Kraft, UPR 2004, 331, 332f.

¹⁵² BT-Drcks. 15/2996, S. 70; Erbguth, JZ 2006, 484, 490; Kraft, UPR 2004, 331, 332f.

¹⁵³ BT-Drcks. 15/2250, S. 63.

¹⁵⁴ BR-Drcks. 756/03, S. 75.

¹⁵⁵ BR-Drcks. 756/03, S. 75.

¹⁵⁶ BT-Drcks. 15/2996, S. 70.

¹⁵⁷ Erbguth, JURA 2006, 9, 15.

¹⁵⁸ Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 214 Rn. 32, 129, 134; Erbguth/Wagner, § 15 Rn. 83; Hoppe, NVwZ 2004, 903, 905; Kraft, UPR 2004, 331, 332f.; Rieger, in: Schrödter, § 1 Rn. 189; Quaas/Kukk, BauR 2004, 1541, 1545; Stock, in: E/Z/B/K, § 214 Rn. 39b.

¹⁵⁹ Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, § 5 Rn. 139; Oldiges, in: Steiner, Rn. 122; Quaas/Kukk, in: Schrödter, § 214 Rn. 46; Wickel/Bieback, DV 39 (2006), 571, 578.

¹⁶⁰ Erbguth, JURA 2006, 9, 15; Erbguth/Wagner, § 15 Rn. 84.

¹⁶¹ Gierke, in: Brügelmann, § 2 Rn. 91.

sein soll. Zur Rettung des Verständnisses von § 214 III 2, 2. HS BauGB als Norm ohne eigenständige Bedeutung wird argumentiert, der Gesetzgeber habe in seiner Gegenäußerung zur Prüfbitte des Bundesrates an der Intention des Wechsels hin zu Verfahrensvorschriften festgehalten.¹⁶² Diese Einwendung ändert jedoch nichts daran, dass der Gesetzgeber seine eigenen Absichten durch das Einfügen des HS. 2 an § 214 III 2 BauGB unterlaufen hat. Mit dem Einfügen des HS. 2 nach der Prüfbitte des Bundesrates pflichtet der Gesetzgeber den Befürchtungen des Bundesrates bei und erkennt den Eigenwert des materiellen Abwägungsvorgangs an.¹⁶³ Auch wird angenommen, das Festhalten des Gesetzgebers an seinen ursprünglichen Absichten werde schon an dem *im Übrigen* in § 214 III 2, 2. HS BauGB deutlich. Eine solche Wortwahl könne entsprechend der Gesetzesbegründung nur den Schluss zulassen, dass HS. 2 ergänzende Bedeutung zukomme.¹⁶⁴ Dieser Schluss ist nicht zwingend. Für diese Wortwahl sind auch andere Gründe denkbar, bspw. ein besserer Lesefluss oder schlicht die Abgrenzung von Fehlern, die nach § 214 I 1 Nr. 1 BauGB als Verfahrensfehler und denjenigen, die nach § 214 III 2, 2. HS BauGB als materielle Fehler des Abwägungsvorgangs behandelt werden sollen¹⁶⁵. Selbst wenn man eine ergänzende Bedeutung im Sinne des Gesetzgebers bejaht, ändert dies nichts daran, dass der Gesetzgeber dem Bundesrat Recht gibt. Im Ergebnis spricht § 214 III 2, 2. HS BauGB nicht für die weite, sondern für die enge Auslegung der Begriffe in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB. Der Gesetzgeber hat mit der Regelung in § 214 III 2, 2. HS BauGB seine eigenen Absichten untergraben.

gg.) Anpassung an europäisches Verfahrensrecht

Gegen die vollständige Beibehaltung der Abwägungsfehlerlehre wird mit Blick auf das europäische Verwaltungsverfahren angeführt, dass die Angleichung an dieses geboten¹⁶⁶ oder zumindest wünschenswert¹⁶⁷ sei. Dem ist zu entgegnen, dass es keine europarechtlichen Regelungen gibt, die die Harmonisierung erfordern.¹⁶⁸ Allein das „wünschenswert sein“ einer Rechtsänderung ist kein juristi-

¹⁶² Pieper, JURA 2006, 817, 820.

¹⁶³ Erbguth, DVBl 2004, 802, 808; Erbguth, JZ 2006, 484, 490; Hoppe, NVwZ 2004, 903, 905; Kraft, UPR 2004, 331, 332f.; Quaas/Kukk, BauR 2004, 1541, 1545.

¹⁶⁴ BT-Drcks. 15/2250, S. 96; Pieper, JURA 2006, 817, 820; Stollmann, § 8 Rn. 24; Bönker, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, § 17 Rn. 44, wobei letzterer eine klarstellende Funktion annimmt.

¹⁶⁵ So auch Stock, in: E/Z/B/K, § 214 Rn. 137.

¹⁶⁶ BT-Drcks. 15/2250, S. 63; Battis/Krautzberger/Löhr, NJW 2004, 2553, 2556, jedoch ohne nähere Begründung.

¹⁶⁷ Pieper, JURA 2006, 817, 819.

¹⁶⁸ Happ, NVwZ 2007, 304, 305; Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2005, 751, 762; a. A. BT-Drcks. 15/2250, S. 63; Battis/Krautzberger/Löhr, NJW 2004, 2553, 2556, jedoch ohne Begründung.

ches Argument, um eine solche zu belegen. Gerade weil die Stärkung des Verfahrensrechts europarechtlich nicht geboten ist, besteht unter europarechtlichen Gesichtspunkten kein Grund, die Abwägungsfehlerlehre aufzugeben.¹⁶⁹ Zudem ist auch die Intention des Gesetzgebers fragwürdig. Es widerspricht europarechtlichem Gedankengut, wenn einerseits die Stärkung des Verfahrensrechts „nach europäischem Vorbild“ vorgenommen wird, andererseits aber die Unbeachtlichkeitsregeln für Verfahrensfehler ausgeweitet werden.¹⁷⁰ Die Argumentation hinsichtlich der Angleichung an das europäische Verfahrensrecht eignet sich nicht, um eine teilweise Aufgabe der Abwägungsfehlerlehre anzunehmen.

hh.) Abgrenzungsschwierigkeiten

Zulasten des vollständigen Bestands der Abwägungsfehlerlehre wird vorgebracht, eine enge Auslegung führe zu Abgrenzungsschwierigkeiten.¹⁷¹ Es sei unklar, wann ein Verfahrensfehler und wann ein Fehler im Abwägungsvorgang vorliege.¹⁷² Hieran lässt sich kritisieren, dass Abgrenzungsschwierigkeiten auch bei einem teilweisen Wegfall der Abwägungsfehlerlehre bestehen.¹⁷³ So ist fraglich, ob das *Bewerten* in §§ 2 III, 214 I 1 Nr. 1 BauGB auch die Gewichtung umfasst.¹⁷⁴ Zudem war bereits nach alter Rechtslage unklar, wie die Abwägungsfehlerschätzung und die Abwägungsdisproportionalität abzugrenzen sind, so dass sie zum Teil als ein Fehler betrachtet wurden.¹⁷⁵ Die Abgrenzungsprobleme basieren weitgehend auf den missverständlichen Regelungen in §§ 2 III, 214 BauGB, so dass sie beide Auslegungsmöglichkeiten betreffen.

ii.) Wortlaut von §§ 2 III, 4a I, 214 I 1 Nr. 1 BauGB

Gegen die vollständige Fortgeltung der Abwägungsfehlerlehre kann der Wortlaut von §§ 2 III, 4a I, 214 I 1 Nr. 1 BauGB ins Feld geführt werden.¹⁷⁶ In § 214 I 1 Nr. 1 BauGB werden Begriffe wie *Verfahrensvorschriften* und *Verfahren* verwendet. § 2 III BauGB betont, dass es um das Aufstellen von Bauleitplänen geht. Nach § 4a I BauGB dienen die Vorschriften über die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung insbesondere der vollständigen Ermittlung

¹⁶⁹ Erbguth, NVwZ 2007, 985, 989; Pieper, JURA 2006, 817, 819.

¹⁷⁰ Erbguth, JZ 2006, 484, 491; Happ, NVwZ 2007, 304, 305; Kupfer, DV 38 (2005), 493, 504; Quaas/Kukk, BauR 2004, 1541, 1545, 1550.

¹⁷¹ Pieper, JURA 2006, 817, 820.

¹⁷² Pieper, JURA 2006, 817, 820.

¹⁷³ Stelkens, UPR 2005, 81, 84.

¹⁷⁴ Kraft, UPR 2004, 331, 333; Kuschnerus, Rn. 201; Stelkens, UPR 2005, 81, 84.

¹⁷⁵ Gierke, in: Brügelmann, § 1 Rn. 1593; Koch/Hendler, § 17 Rn. 14f.; Kupfer, DV 38 (2005), 493, 502; Seidel/Reimer/Möstl, S. 69.

¹⁷⁶ Erbguth, JURA 2006, 9, 13.

und zutreffenden Bewertung der von der Planung berührten Belange. Der Wortlaut der Normen spricht für eine eigenständige Bedeutung des Verfahrens.¹⁷⁷

jj.) Schaffung neuer Regelungen

Gegen das völlige Beibehalten der Abwägungsfehlerlehre spricht zudem, dass die Schaffung neuer Regelungen in §§ 2 III, 214 I 1 Nr. 1 BauGB nicht nachvollziehbar wäre, wenn man den hierauf bezogenen Verfahrensschritten nur die Bedeutung eines Vorermittels und Vorbewertens einräumt.¹⁷⁸ Es ist widersinnig, wenn der Gesetzgeber einerseits neue Regelungen in das Gesetz aufgenommen hätte, andererseits aber durch die Ergänzung einer dritten Regelung, nämlich § 214 III 2, 2. HS BauGB, gewollt hätte, dass den anderen Normen quasi keine Bedeutung mehr zukommt. Der Gesetzgeber hätte stattdessen die anderen Regelungen wieder gestrichen.

kk.) Stellungnahme

Keine der beiden Deutungsmöglichkeiten überzeugt voll. So widerstrebt es, den vollständigen Bestand der Abwägungsfehlerlehre anzunehmen, wenn dabei die Neuregelungen von §§ 2 III, 214 I 1 Nr. 1 BauGB weitgehend ignoriert und der Wille des Gesetzgebers vollends untergraben werden. Ebenso bestehen Bedenken bei der Annahme eines teilweisen Wegfalls der Abwägungsfehlerlehre, wenn § 214 III 2, 2. HS BauGB keine eigenständige Bedeutung beigemessen und die Angleichung an ein europäisches Verfahrensrecht allenfalls halbherzig vorgenommen wird. Dennoch muss mit dieser missratenen Gesetzeskonstruktion eine gerichtliche Kontrolle stattfinden. Für eine weite Auslegung spricht vor allem der Wille des Gesetzgebers. Dieser darf nicht völlig ignoriert werden, schließlich ist der Bundestag, der das Gesetz gem. Art. 77 I 1 GG als Hauptgesetzgebungsorgan beschlossen hat, das am stärksten demokratisch legitimierte Organ. Es gibt sicherlich Fälle, in denen der Wille des Gesetzgebers zugunsten einer anderen Auslegung außen vor bleiben muss. Der Gesetzgeber hätte ansonsten einen Freifahrtsschein für unklare Gesetzesregelungen, solange sich der „gemeinte Inhalt“ nur aus der Gesetzesbegründung ergibt. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Der Wille ist deutlich erkennbar und aktuell. Zudem sprechen die Schaffung der neuen Regelungen in §§ 2 III, 214 I 1 Nr. 1 BauGB und deren Wortlaut für die weite Auslegung. Sie ist deshalb – wenn auch mit

¹⁷⁷ Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 1 Rn. 98, § 214 Rn. 28; Gaentzsch, in: Spannowsky/Krämer, S. 138; Kuschnerus, in: Erbguth, S. 77.

¹⁷⁸ Pieper, JURA 2006, 817, 820.

Bauchschmerzen – der engen Auslegung vorzuziehen, allerdings mit der Einschränkung, dass § 214 III 2, 2. HS BauGB eine eigenständige Bedeutung zukommt. Die Abwägungsfehleinschätzung hat wie gezeigt einen unabänderlich materiellen Gehalt und ist deshalb unter § 214 III 2, 2. HS BauGB zu subsumieren. Diese Norm wird so auch dem ihr eingeräumten Auffangcharakter gerecht. Die bisherigen Abwägungsfehler Abwägungsausfall und -defizit sind als Ermittlungsausfall, Ermittlungsdefizit und Bewertungsausfall unter § 214 I 1 Nr. 1 BauGB zu fassen. Die Abwägungsdisproportionalität existiert weiterhin. Sie fällt nicht unter § 214 BauGB und ist damit stets beachtlich.

3.) Voraussetzungen der Beachtlichkeit von Abwägungsfehlern gem. § 214 BauGB n. F.

Abwägungsfehler, die unter den Anwendungsbereich des § 214 BauGB fallen, führen nur zur Unwirksamkeit des Bauleitplanes, wenn sie die zusätzlichen Voraussetzungen der Norm erfüllen. Gem. § 214 I 1 Nr. 1 BauGB ist der Fehler nur beachtlich, wenn der Belang der *Gemeinde bekannt war oder hätte bekannt sein müssen*, der Belang *in wesentlichen Punkten* nicht zutreffend ermittelt oder bewertet wurde, der Belang *offensichtlich* war und auf das *Ergebnis des Verfahrens von Einfluss* gewesen ist. Gem. § 214 III 2, 2. HS BauGB ist der Fehler nur erheblich, wenn er *offensichtlich* war und auf das *Abwägungsergebnis von Einfluss* gewesen ist. Das BVerwG hat diese Voraussetzungen definiert. Die Anforderung, dass der Belang der *Gemeinde bekannt war oder hätte bekannt sein müssen*, bedeutet, dass „nur diejenigen Belange abwägungsbeachtlich sind, die für die Gemeinde bei der Entscheidung über den Plan erkennbar waren. Was die planende Stelle nicht sieht und nach den gegebenen Umständen nicht zu sehen braucht, kann und muss sie bei der Abwägung nicht berücksichtigen.“¹⁷⁹ Das Merkmal *in wesentlichen Punkten* brachte zunächst Unklarheiten mit sich.¹⁸⁰ Das BVerwG stellte klar, dass Belange bereits dann *wesentliche Punkte* betreffen, „wenn diese Punkte in der konkreten Planungssituation abwägungsbeachtlich waren. Es muss sich nicht um eine gravierende Fehleinschätzung von für die Planung wesentlichen Fragen handeln. Unbeachtlich sind Belange, wenn sie für die Gemeinde bei der Entscheidung über den Plan nicht erkennbar waren oder wenn sie keinen städtebaulichen Bezug haben, geringwertig oder makelbehaftet sind oder solche sind, auf deren Fortbestand kein schutzwürdiges

¹⁷⁹ Urteil des BVerwG vom 09.04.2008, Az. 4 CN 1/07, 2.2 (juris).

¹⁸⁰ Urteil des OVG Münster vom 27.11.2006, Az. 7 D 118/05.NE, Rn. 121 (juris); Stürer, DVBl 2008, 270, 281f.; Quaas/Kukk, in: Schrödter, § 214 Rn. 17.

Vertrauen besteht.“¹⁸¹ Die Merkmale der *Offensichtlichkeit*¹⁸² und des *Einflusses auf das Ergebnis des Verfahrens* bzw. *das Abwägungsergebnis*¹⁸³ behalten laut BVerwG die Bedeutung, die sie schon vor dem EAG Bau hatten.¹⁸⁴ Das *Ergebnis des Verfahrens* meint das Abwägungsergebnis.¹⁸⁵ Die Voraussetzungen von § 214 I 1 Nr. 1 BauGB und § 214 III 2, 2. HS BauGB sind weitgehend identisch.¹⁸⁶ Die zusätzlichen Merkmale in § 214 I 1 Nr. 1 BauGB galten nach der gängigen Rechtsprechung schon für § 214 III 2 BauGB a. F. und müssen deshalb auch für § 214 III 2, 2. HS BauGB gelten.¹⁸⁷

IV. Zusammenfassung

Der gerichtliche Kontrollauftrag hat sich nicht geändert, weil die Richtigkeitsvermutung, entgegen den Vorschlägen der Expertenkommission, nicht in die Bauleitplanung eingeführt wurde. Die gerichtliche Kontrolle der Abwägung ist weiterhin infolge der planerischen Gestaltungsfreiheit der Gemeinde auf das Vorliegen von Abwägungsfehlern beschränkt. Ob ein Abwägungsfehler die Unwirksamkeit des Bauleitplanes herbeiführt, hängt von § 214 BauGB ab, der unter anderem regelt, wann bestimmte Abwägungsfehler beachtlich sind und wann nicht. Abwägungsfehler, die von § 214 BauGB nicht erfasst werden, sind stets beachtlich. Diese Norm hat durch das EAG Bau eine wesentliche Veränderung erfahren. § 214 I 1 Nr. 1 BauGB normiert nun, in Anlehnung an § 2 III BauGB, die Beachtlichkeit von Fehlern beim Zusammenstellen des Abwägungsmaterials. § 214 III 2, 2. HS BauGB regelt die Beachtlichkeit der übrigen Fehler des Abwägungsvorgangs. Diese Novellierung kann - mit Abweichungen im Detail – zwei Konsequenzen haben: Entweder die Abwägungsfehlerlehre des BVerwG hat weiterhin Bestand oder sie ist teilweise obsolet geworden, weil vormals materielle Abwägungsfehler zu Verfahrensfehlern modifiziert wurden. Beide Möglichkeiten weisen erhebliche Schwachstellen in ihrer Begründung auf. Im Ergebnis muss aber eine teilweise Aufgabe der Abwägungsfehlerlehre angenommen werden unter der Einschränkung, dass die Ge-

¹⁸¹ Urteil des BVerwG vom 09.04.2008, Az. 4 CN 1/07, 2.2 (juris); zum Teil wird das Merkmal *wesentliche Punkte* für entbehrlich gehalten (Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2005, 751, 761).

¹⁸² Zum Teil wird das Merkmal *offensichtlich* für entbehrlich gehalten (Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2005, 751, 761).

¹⁸³ Zur europarechtlichen Bedenklichkeit der Merkmale: Kment, AöR 130 (2005), 570, 596.

¹⁸⁴ Urteil des BVerwG vom 09.04.2008, Az. 4 CN 1/07, 2.2 (juris); Urteil des BVerwG vom 24.01.2008, Az. 4 CN 2/07, 2.2 (juris); Urteil des BVerwG vom 22.03.2007, Az. 4 CN 2/06, Rn. 23 (juris); zur Definition siehe oben unter II.2.

¹⁸⁵ Urteil des BVerwG vom 24.01.2008, Az. 4 CN 2/07, 2.2 (juris).

¹⁸⁶ Gierke, in: Brügelmann, § 2 Rn. 204; Oldiges, in: Steiner, Rn. 120b.

¹⁸⁷ Berkemann, in: Berkemann/Halama, § 214 Rn. 33; Erbguth, JURA 2006, 9, 14; bzgl. der *Kenntnis der Gemeinde*: Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Rn. 573.

wichtung weiterhin einen materiellen Gehalt hat. Dies hat zur Folge, dass die ursprünglichen Abwägungsfehler Abwägungsausfall und -defizit zu den Verfahrensfehlern Ermittlungsausfall, Ermittlungsdefizit und Bewertungsausfall modifiziert wurden. Deren Beachtlichkeit hängt vom Vorliegen der zusätzlichen Voraussetzungen von § 214 I 1 Nr. 1 BauGB ab. Die Abwägungsfehlerinschätzung existiert weiterhin. Ihre Beachtlichkeit richtet sich nach den Merkmalen von § 214 III 2, 2. HS BauGB. §§ 214 I 1 Nr. 1, 214 III 2, 2. HS BauGB haben aber im Ergebnis dieselben Anforderungen. Die Abwägungsdisproportionalität wird von § 214 BauGB nicht erfasst und ist daher stets beachtlich.

V. Fazit

Die Antwort auf die eingangs gestellte Frage, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, die Planerhaltung zu vereinfachen und überschaubarer zu gestalten, liegt auf der Hand: Keineswegs! Selten hat wohl eine Gesetzesänderung soviel Unfrieden gestiftet wie die Neuregelung des § 214 BauGB durch das EAG Bau. Hinsichtlich der bisherigen Anforderungen an die Abwägung und die Planerhaltung räumt der Gesetzgeber ein, diese hätten sich bewährt.¹⁸⁸ Dies wird für die Novellierung nicht angenommen werden können. Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber klarstellen würde, ob er die Einführung der Richtigkeitsvermutung in das deutsche Baurecht vornehmen möchte und inwieweit die Abwägungsfehlerlehre Bestand haben soll. Eine Richtigkeitsvermutung sollte meines Erachtens nicht ins deutsche Recht eingeführt werden. Das deutsche Verfahrensrecht basiert auf einer anderen Grundvorstellung als das europäische. Der deutsche Gesetzgeber ist noch nicht bereit, diese völlig aufzugeben. Das zeigt schon der halbherzige Versuch des Wechsels vom materiellen Recht zum Verfahrensrecht, gekoppelt mit dem Rückbau von beachtlichen Verfahrensfehlern in § 214 I BauGB. Hinsichtlich der Abwägungsfehlerlehre tendiert die Rechtsprechung zur weiten Auslegung. Für sie ist dieses Problem aber weitgehend nachrangig, weil sie §§ 214 I 1 Nr. 1, 214 III 2, 2. HS BauGB zusammen zitieren und so eine Entscheidung dahin stehen lassen kann. In der Rechtsprechung dürfte sich deshalb nicht viel ändern. Eine Vereinfachung kann allerdings dahingehend angenommen werden, dass die doppelte Prüfung aller Fehler in Abwägungsvorgang und -ergebnis wegfällt. Dogmatisch bleibt das Problem ungeklärt. Meiner Ansicht nach sollte entweder §§ 2 III, 214 I 1 Nr. 1 BauGB gestrichen werden, um damit zur Abwägungsfehlerlehre des BVerwG zurückzukeh-

¹⁸⁸ BT-Drcks. 15/2250, S. 62.

ren, oder § 214 III 2, 2. HS BauGB aus dem BauGB entfernt werden, um den Wechsel zum Verfahrensrecht konsequent zu vollziehen.¹⁸⁹ Vorzuziehen ist meines Erachtens die Streichung von § 214 III 2, 2. HS BauGB. Eine solche muss allerdings mit anderen Änderungen verbunden werden. Die Regelungen zur Unbeachtlichkeit von Verfahrens- und Formfehlern in § 214 I BauGB sind zu reduzieren, damit tatsächlich eine Annäherung an europäische Verhältnisse erfolgt. Die Gewichtung darf mit Blick auf die Sachgesetzlichkeiten und das Rechtsstaatsprinzip nicht zu einem Verfahrensfehler werden. Dies gilt es durch neue Regelungen innerhalb von §§ 2 III, 214 BauGB klarzustellen. Es könnte beispielsweise an § 2 III BauGB ein Satz 2 angefügt werden, nach welchem die Gewichtung der ermittelten und bewerteten Belange nach § 1 VII BauGB zu beurteilen ist. Sofern diesbezüglich der erreichte Stand der Planerhaltung beibehalten werden soll, was infolge des materiellen Charakters des Gewichtens europarechtlich unbedenklich ist, könnte § 214 III 2 BauGB ein neuer HS. 2 angefügt werden, der für die Beachtlichkeit von Mängeln der Gewichtung dieselben Voraussetzungen anordnet, die für § 214 I 1 Nr. 1 BauGB gelten. Dieses Vorgehen wird meines Erachtens den Intentionen des Gesetzgebers am besten gerecht, auch wenn ein Rückbau der Planerhaltung in § 214 I BauGB gewiss viel Kritik ernten wird, zumal die Planerhaltung zahlreiche Fürsprecher¹⁹⁰ hat. Unklar bleibt, warum der Gesetzgeber bei der Novellierung des BauGB durch das BauGB 2007¹⁹¹ nicht schon seine Chance genutzt hat, Klarheit zu schaffen. Es kann nur vermutet werden, dass er wohl noch die Reaktion des BVerwG abwarten wollte. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber aus dieser Negativerfahrung für die Zukunft seine Konsequenzen zieht und verständliche Regelungen schafft. Er sollte künftig auf „Eventualregelungen“ verzichten, die nur den Zweck haben, gewissen Ängsten vorzubeugen. Sofern die Rechtsprechung tatsächlich eine Auslegung entgegen dem Willen des Gesetzgebers vornimmt, kann der Gesetzgeber immer noch mit Novellierungen reagieren. Zwar nimmt ein neues Gesetzgebungsverfahren immer eine gewisse Zeit in Anspruch, dieses Vorgehen ist jedoch besser, als von vornherein eine unklare Rechtslage zu schaffen.

¹⁸⁹ Ähnlich Wickel/Bieback, DV 39 (2006), 571, 580.

¹⁹⁰ Siehe bspw. Hoppe, DVBl 2003, 697, 703; Quaas/Kukk, in: Schrödter, § 214 Rn. 4; Sandler, DVBl 2005, 659, 660; Sandler, in: FS Hoppe, 1011, 1011ff.

¹⁹¹ Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte (BauGB 2007) vom 21.12.2006 (BGBl. I S. 3316).